

# **GIURISPRUDENZA SAMMARINESE**

**DAL 1991 AL 1995**

**Istituto Giuridico Sammarinese  
Dipartimento studi giuridici  
Università della Repubblica  
di San Marino**

**AIEP EDITORE**



## PRESENTAZIONE

---

La **Giurisprudenza Civile Sammarinese**, dopo molti anni di silenzio, torna ad essere pubblicata. La precedente edizione, sempre curata dall'Istituto Giuridico, vide la luce nel 1993, e conteneva le sentenze civili dal 1981 al 1990. In precedenza l'Istituto Giuridico aveva curato la ristampa delle diverse edizioni della giurisprudenza dal 1911 a 1980.

La pubblicazione della Giurisprudenza successiva al 1990 è stata fortemente voluta dall'Avv. Luigi LONFERNINI, che ha provveduto alla raccolta delle diverse sentenze fino all'anno 2000, sottoponendole al vaglio del Dott. Francesco VIROLI, che in particolare ha curato la massimazione delle decisioni a tutto il 1995.

Purtroppo il completamento dell'opera ha subito, per incomprensibili ragioni, notevoli ritardi. Solo con la ristrutturazione degli organi dell'Istituto Giuridico avvenuta nel corso del 2006, è stato possibile completare la Raccolta con le sentenze a tutto il 1995 e consegnarla all'Editore per la stampa. Tali ritardi possono avere determinato talune inesattezze nelle citazioni delle quali chiediamo venia ai nostri lettori.

Ciò lo si deve al contributo determinante del Segretario Scientifico dell'Istituto Giuridico, Avv. Alvaro SELVA, della Dott.ssa Linda UGOLINI e della Segretaria dell'Istituto Sonia COLLODET, che, su sollecitazione del Consiglio scientifico, hanno accelerato l'esame del materiale messo a loro disposizione. Restano da pubblicare le sentenze dal 1996 al 2000; anche per questa utile pubblicazione si confida sul ritrovato attivismo della struttura dell'Istituto, che si è particolarmente distinto per le importanti ricerche svolte in collaborazione con il Dipartimento di Studi Giuridici nel campo del diritto. A tal proposito risulta particolarmente apprezzato lo studio in atto per la diffusione delle opere di diritto sammarinese attraverso la rete telematica. Con tale strumento fra l'altro si sta studiando la diffusione della giurisprudenza fino all'anno 2000.

L'Istituto ha anche ripreso la pubblicazione di **Miscellanea**, la rivista giuridica del medesimo Istituto, con la messa a conoscenza degli operatori del diritto di estratti di sentenze del Tribunale, civili e penali, che trattano singoli istituti di diritto.

**Direttore del Dipartimento**  
Prof. Piergiorgio Peruzzi

**Direttore scientifico dell'I.G.S.**  
Prof.ssa Paola Olivelli



**PARTE PRIMA**

**GRADO STRAORDINARIO**



---

**SEZIONE PRIMA – VERIFICA DI LEGITTIMITA’**

---

**1.**

Consiglio Grande e Generale (Esperto in diritto: Prof. Giovanni Gualandi), 27 maggio 1991, delibera n. 1<sup>1</sup>.

Macina Luciana : Istituto per la Sicurezza Sociale - Causa n. 203, anno 1989.

**Legittimità di norma – Verifica.****Principio di eguaglianza.**

Decreto Reggenziale 26 aprile 1976 n. 15; in relazione agli artt. 4 e 12 della Legge 8 luglio 1974 n. 59 *Dichiarazione dei diritti e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese*.

Giudice remittente: Commissario della Legge.

*Gli articoli 2 e 3 del Decreto Reggenziale 26 aprile 1976 n. 15 (Testo unico delle disposizioni legislative sugli assegni familiari) sono pienamente conformi ai principi contenuti nella Legge 8 luglio 1974 n. 59.*

---

1. Con lettera prot. 2006 in data 25 febbraio 1991, il Dirigente del Dipartimento Affari Istituzionali Ufficio Segreteria Istituzionale dott. Domenico Gasperoni trasmetteva al sottoscritto consulente il fascicolo relativo alla causa civile n.203/1989 Luciana Macina/Istituto per la Sicurezza Sociale (I.S.S.), per la formulazione del parere in merito alla questione di legittimità delle norme di cui in epigrafe, accordando, ai sensi dell'art. 5 della Legge 19 gennaio 1989 n. 4, il termine di trenta giorni.

2. Il Commissario della Legge, nel richiedere all'Ecc.mo Consiglio Grande e Generale di esprimersi sulla legittimità degli artt. 2 e 3 del Decreto 26 aprile 1976 n. 15, ha espresso l'avviso che l'eccezione di illegittimità degli articoli *de quibus* essendo stata sollevata dalla parte attrice non rientrerebbe nella categoria delle "*moratoriae exceptiones*", cui il sottoscritto consulente si era richiamato nel Parere 6 febbraio 1990 fatto proprio dal Consiglio Grande e Generale nella seduta del 13 marzo 1990 (Delibera n.11)<sup>2</sup>.

Sembra, tuttavia, che l'eccezione in parola, più che basarsi su di una approfondita riflessione circa presupposti, caratteri, contenuti e limiti del giudizio di verifica di legittimità, sia stata troppo disinvoltamente occasionata e sospinta da quella *vis attractiva*, da quella ineliminabile suggestione che l'introduzione di un nuovo rimedio giurisdizionale provoca sempre negli operatori del foro.

Ne sono indici significativi ed estremamente probanti:

a) il fatto che l'eccezione sia stata proposta irritualmente in via diretta e, soltanto dopo la pronuncia di rigetto del Commissario della Legge, rinnovata in via incidentale;

---

<sup>1</sup> Parere del 2 marzo 1991; delibera pubblicata *ad valvas Palatii* il 3 giugno 1991.

<sup>2</sup> Editto in *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, pag. 33 s..

b) che essa eccezione investa *in complexu* gli artt. 2 e 3 del Decreto 26 aprile 1976 n.15, senza prospettare, alla stregua di rigorosi concetti giuridici, i diversi profili cui danno luogo gli articoli citati;

c) che sia stato invocato – non più, peraltro, nelle deduzioni finali – per la dichiarazione di illegittimità il presunto contrasto con gli artt. 28 e 31 della Legge 26 aprile 1986 n.49 (Riforma del diritto di famiglia), una legge ordinaria, quest’ultima, che non può assumere valore di parametro di legittimità, e per la quale valgono le comuni regole interpretative sull’efficacia delle norme nel tempo.

3. Nel merito la eccezione di illegittimità, anche se non dilatoria, è manifestamente infondata. Come tale non avrebbe dovuto essere ammessa dal Commissario della Legge a tenore dell’art. 3, comma 2, della Legge 19 gennaio 1989 n.4, norma questa, peraltro, ancora una volta disattesa, con fallace ed erronea motivazione (“*La suddetta eccezione non è di competenza di questo Magistrato*”), dallo stesso Commissario della Legge, che aveva il potere-dovere di applicarla, evitando così un vano ed inutile prolungamento del giudizio. Essa recita infatti: “*Il Giudice con proprio provvedimento non ammette i ricorsi presentati dalle parti o dal Procuratore del Fisco manifestamente infondati o semplicemente dilatori*”.

Comunque l’asserita illegittimità degli artt. 2 e 3 del Decreto 26 aprile 1976 n.15 in riferimento agli artt. 4 e 12 della Legge 8 luglio 1974 n.59, non sussiste.

Anzitutto, per quanto riguarda l’art. 2 del Decreto *de quo*, è sconcertante e riesce *toto coelo* incomprensibile che su di esso si sia potuta appuntare la censura da parte dell’attrice. Esso si limita, infatti, ad enumerare i prestatori d’opera subordinati e le categorie dei lavoratori assimilati che hanno diritto agli assegni familiari ed è ben lungi dal presentare – come emerge a luce meridiana da una semplice ricognizione testuale – aspetti che rilevino sul piano delle questioni di legittimità *ex art. 4* e *ex art. 12* della Legge 8 luglio 1974 n. 59.

*Lectio brevis* anche in riferimento all’art. 3 del citato Decreto.

**E’ appena il caso di ricordare, per quanto attiene al principio di uguaglianza, che, secondo i più moderni ed accreditati insegnamenti costituzionalistici, valevoli anche per l’ordinamento sammarinese a seguito della promulgazione della “Dichiarazione dei diritti dei cittadini”, esso viene intaccato od eluso solamente se la norma posta dal legislatore lede quel “principio di ragionevolezza” che ne costituisce il requisito fondamentale e che si riallaccia alla tradizione dottrinale del diritto comune circa la *rationabilitas* della legge e della consuetudine.**

Ora dovendo normativamente individuare – nell’interesse superiore e non preteribile della comunità familiare ed, in specie, dei figli – i percettori degli assegni familiari, il legislatore sammarinese, rifacendosi implicitamente all’evocato “principio di ragionevolezza” ed integrandolo con il criterio, altrettanto basilare, dell’ “*id quod plerumque fit*” (cfr. D. 1, 3, 5 e D. 1, 3, 10) e, cioè, che il prestatore di lavoro subordinato è, nella maggioranza dei casi, il padre, ha enucleato, con previsioni molto puntuali ed esaustive (cfr. art. 3, *sub b*), una figura, per così dire, pragmatica di “capo-famiglia”, atta a tradursi in termini di immediata, concreta operatività. Si tratta – come è reso di palmare evidenza dal dettato normativo (“*Ai fini della corresponsione degli assegni familiari previsti per i figli si considerano come capi famiglia...*”) – di una figura non tipizzata ed aliena da condizionamenti dogmatici, strumentale al sistema di sicurezza sociale riguardante gli assegni familiari, all’interno del quale, esclusivamente, esplica i propri effetti e trova applicazione. Essa, quindi, non comprime, né incrina, né



contraddice minimamente il principio di parità morale e giuridica dei coniugi sancito dall'art. 14 della Legge 8 luglio 1974 n. 59 e che ha trovato consacrazione nel nuovo diritto di famiglia (Legge 26 aprile 1986 n.49).

4. Del tutto spaziosa e fuorviante è l'argomentazione su cui crede di poter far leva la procura dell'attrice, secondo cui *"... il marito e padre può continuare a percepire gli assegni familiari per i figli anche quando la moglie e madre è occupata o dispone comunque di redditi. Al contrario la moglie e madre, come nel caso della signora Macina, viene privata degli assegni familiari ogni qual volta il marito sia occupato o disponga comunque di redditi"*.

In verità se, respinta la viziosa circolarità di tale ragionamento, si volesse – in termini di astratta logica giuridica – adombrare un motivo di discriminazione, quest'ultimo riguarderebbe non già la madre nei confronti del padre, ma i figli il cui "capo-famiglia" esercita un lavoro autonomo nei riguardi di quelli il cui "capo-famiglia" è un lavoratore subordinato. Ma qui si aprirebbe un discorso di politica legislativa che al consulente è precluso, trattandosi di prerogativa del legislatore sammarinese nell'esercizio della sua discrezionale potestà normativa.

Così come il consulente doverosamente si astiene dal formulare tutta una serie di rilievi più strettamente pertinenti e propri sulla fattispecie concreta che ha dato origine al presente procedimento di verifica di legittimità, per evitare il rischio di entrare, anche in modo involontario, nel merito della causa la cui cognizione spetta al giudice ordinario.

Tutto ciò premesso e ritenuto parte essenziale ed integrante del parere che segue, il sottoscritto consulente esprime l'avviso che l'Ecc.mo Consiglio Grande e Generale debba dichiarare gli artt. 2 e 3 del Decreto 26 aprile 1976 n.15 pienamente conformi ai principi contenuti nella Legge 8 luglio 1974 n. 59 e, conseguentemente, del tutto infondate le sollevate eccezioni di illegittimità.

## 2.

Consiglio Grande e Generale (Esperto in diritto: Prof. Giovanni Gualandi), 1 dicembre 1992, delibera n. 1<sup>3</sup>.

T.G. e B.A. – Procedimento penale n. 78, anno 1990.

### **Legittimità di delibera consiliare – Verifica.**

Delibera Consiliare 26 maggio 1992 n. 3, in relazione all'art. 15 della Legge 8 luglio 1974 n. 59 *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese.*

Giudice remittente: Commissario della Legge

*Le censure prospettate avverso la Delibera Consiliare 26 maggio 1992, n. 3 (nomina di Procuratore del Fisco Straordinario), prive di ogni rilevanza, non configurano formalmente alcuna ipotesi di violazione di principi o disposizioni della Legge 8 luglio 1974, n. 59.*

---

<sup>3</sup> Parere del 20 ottobre 1992; delibera pubblicata *ad valvas Palatii* il 9 dicembre 1992.

---

1. Nel corso del procedimento penale n.78 dell'anno 1990, il Commissario della Legge, dott. Francesco Viroli, considerato che la Deliberazione Consiliare 26 maggio 1992 n.3, con la quale l'avv. Gianna Burgagni è stato nominato Procuratore del Fisco Straordinario fino all'approvazione dell'Ordinamento Giudiziario, è atto avente forza di legge, ritenute non manifestamente infondate o semplicemente dilatorie le eccezioni sollevate dai difensori degli imputati, in data 7 settembre 1992, ha richiesto all'Ecc.mo Consiglio Grande e Generale, con Decreto in data 6 ottobre 1992, di *"procedere al controllo e di pronunciarsi sulla legittimità della Delibera" de qua.*

Con lettera prot. 2378 in data 9 ottobre 1992, il dott. Domenico Gasperoni, Dirigente dell'Ufficio Segreteria Istituzionale del Dipartimento Affari Istituzionali, ha trasmesso al sottoscritto consulente la documentazione relativa al Decreto commissariale per la formulazione del parere in ordine alla questione di legittimità della Delibera Consiliare di cui in epigrafe, assegnando, ai sensi dell'art. 5 della Legge 19 gennaio 1989 n.4, il termine del 13 novembre 1992.

2. Facendo proprie ed integrando con ulteriori deduzioni le censure formulate dai difensori degli imputati, il Commissario della Legge ha fatto leva, ai fini della declaratoria di illegittimità della Delibera Consiliare 26 maggio 1992 n.3, sull'asserito contrasto fra tale Delibera ed una serie di norme di legge relative al Procuratore del Fisco ed all'esercizio delle sue funzioni giudiziarie, specificamente gli artt. 5, 6 e 10 della Legge 22 marzo 1926 n.9, il Decreto Consiliare 24 aprile 1919 n.7, il Decreto Reggenziale 13 ottobre 1989.

Le argomentazioni svolte, al riguardo, dal giudice che ha promosso il giudizio di legittimità innanzi all'Ecc.mo Consiglio Grande e Generale, non meritano accoglimento, in quanto metodologicamente viziate. A mostrarne la totale inanità sistematica, basterà notare come tutte le disposizioni invocate (leggi ordinarie o atti equipollenti) siano fonti che si pongono, gerarchicamente, su di un piano di completa parità con l'impugnata Delibera Consiliare 26 maggio 1992 n.3, nei cui confronti, perciò, non possono minimamente assumere e rivestire – per un elementare ed intuitivo principio giuridico incomprensibilmente misconosciuto dal Commissario della Legge – valore di parametro di legittimità. E' appena il caso di rammentare qui che contrasti, difformità, aporie tra disposizioni di *par potestas* trovano coerente e puntuale composizione esclusivamente sulla base delle comuni regole interpretative circa l'efficacia delle norme nel tempo, in specie delle regole concernenti l'abrogazione tacita (quale si verifica quando una norma successiva è, in tutto o in parte, incompatibile con la precedente ovvero disciplina diversamente la materia).

In realtà l'istanza del Commissario della Legge è *toto coelo* inidonea a spiegare alcuno degli effetti che le sarebbero propri e ciò per l'evidente carenza dell'elemento cardine cui essa avrebbe dovuto essere espressamente ancorata.

*"Nell'istanza debbono essere chiaramente indicate"* – recita, infatti, testualmente, l'art. 2, comma 2, della Legge 19 gennaio 1989 n.4 (Regolamentazione dell'art. 16, secondo comma, della Legge 8 luglio 1974 n.59) fissando, così, una vincolante ed inderogabile *condicio sine qua non* per la procedibilità dell'istanza stessa – *"le disposizioni o i principi della Legge 8 luglio 1974 n.59 che si assumono violate"*.

Ora l'istanza del giudice *a quo* non si è per nulla conformata al rigoroso disposto legislativo testè citato, che è stato interamente eluso. **In detta istanza, invero, non viene denunciata o contestata alcuna specifica violazione di disposizioni e dei principi della “Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell’Ordinamento sammarinese” da parte della Delibera Consiliare 26 maggio 1992 n.3.**

A tale rilievo, di per sé assorbente, può anche aggiungersi che in tutto il Decreto commissariale, così nella parte motiva come in quella dispositiva, non è mai – lo si coglie *ictu oculi* ad una semplice lettura – richiamata la Legge 8 luglio 1974 n.59 ed è, del pari, omessa ogni menzione della Legge 19 gennaio 1989 n.4, alla prima strettamente collegata *ratione materiae*. E’ senz’altro un sorprendente ed inquietante indice – che non può essere sottaciuto – di un’ancora superficiale e non adeguatamente approfondita riflessione circa natura, caratteri, presupposti e limiti del giudizio di verifica di legittimità introdotto dal legislatore sammarinese.

**Ne consegue che la questione di legittimità *de qua agitur*, in quanto proposta in modo incongruo e senza i necessari presupposti ed i prescritti requisiti di legge, deve considerarsi assolutamente inammissibile.**

### 3.

Consiglio Grande e Generale (Esperto in diritto: Prof. Giovanni Gualandi), 15 giugno 1994, delibera n. 1<sup>4</sup>.

Boffa Carlo ed altri: Istituto per la Sicurezza Sociale – Ricorso amministrativo d’appello n. 5, anno 1993.

#### **Legittimità delle leggi sull’obbligatorietà delle vaccinazioni antidifterica, antipoliomelitica, antiptossica – Verifica.**

Legge 27 maggio 1943 n. 19 *sull’obbligatorietà della vaccinazione antidifterica*; Decreto 17 febbraio 1966 n. 1 *sull’obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica*; Decreto 5 marzo 1974 n. 19 *sull’obbligatorietà della vaccinazione antiptossica*; Decreto 23 ottobre 1991 n. 128 *portante calendario delle vaccinazioni obbligatorie*; in relazione all’art. 5 della Legge 8 luglio 1974 n. 59 *Dichiarazione dei diritti e dei principi fondamentali dell’ordinamento sammarinese*.

Giudice remittente : Giudice Amministrativo di Appello, ricorso n. 5, anno 1993<sup>5</sup>.

*La Legge 19/1943 (Legge sulla obbligatorietà delle vaccinazioni antivaiolosa e antidifterica), il Decreto n. 1/1966 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica), il Decreto n. 19/1974 (Obbligatorietà della vaccinazione antiptossica), e il Decreto n. 128/1999 ( Calendario delle vaccinazioni obbligatorie), non contrastano con il principio di inviolabilità dei diritti della persona sancito dall’art. 5 della Legge n. 59/1974, con riferimento alla tutela della libertà di scelta*

<sup>4</sup> Parere dell’8 aprile 1994; delibera pubblicata *ad valvas Palatii* il 24 ottobre 1994.

<sup>5</sup> Sentenza del T.A. n. 1/1995. Cfr. Parte II, Sezione II, n. 50., *Giurisprudenza amministrativa*, anni 1990/99.

*dell'individuo nella determinazione degli aspetti essenziali della propria personalità ed integrità psicofisica. [non viene accolto dal Consiglio Grande e Generale il parere dell'Esperto, che conclude per l'illegittimità di quelle norme].*

---

(omissis)

---

**SEZIONE SECONDA – CONFLITTO DI GIURISDIZIONE**

---

**1.**

Consiglio Grande e Generale (Esperto in diritto: Prof. Giovanni Gualandi), 12 novembre 1990.

Chimento Angela (Avv. Gian Luigi Berti e Gian Nicola Berti) : Istituto per la Sicurezza Sociale (Avv. Giordano Bruno Reffi), avverso provvedimento di rigetto di richiesta di rimborso della Commissione esecutiva I.S.S. 23 marzo 1990 - Ricorso n. 12, anno 1990<sup>6</sup>.

**Conflitto fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria.**

*Il criterio distintivo fra la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria e quella degli organi della giustizia amministrativa si fonda sulla natura della materia controversa, quale che sia il tenore formale della domanda, spettando sempre al giudice ordinario il sindacato di legittimità sull'atto amministrativo che si assume lesivo non di un semplice interesse, ma del diritto soggettivo del cittadino.*

*Dal sistema obbligatorio di sicurezza sociale scaturiscono diritti soggettivi perfetti, essendo tale sistema concreta espressione della tutela della salute, diritto primario essenziale; spetta al giudice ordinario, secondo la norma posta dall'art. 56 della Legge n. 42/1955, non abolita o derogata dall'istituzione del Tribunale amministrativo, la conoscenza della controversia sul rimborso di spese medico-specialistiche ospedaliere sostenute per il ricovero in struttura privata fuori territorio.*

---

(omissis)

**2.**

Consiglio Grande e Generale (Esperto in diritto: Prof. Giovanni Gualandi), 22 ottobre 1995.

Electronics s.a. (Avv. Livio Baciocchi) : Istituto per la Sicurezza Sociale (Avv. Paride Bugli), avverso la pronuncia del Consiglio di Amministrazione I.S.S. 10 marzo 1995 – Ricorso n. 15, anno 1995<sup>7</sup>.

**Conflitto fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria.**

*Il criterio distintivo fra la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria e quella degli organi della giustizia amministrativa si fonda sulla natura della materia controversa,*

---

<sup>6</sup> Sentenza del T.A. n. 14/1990. Cfr. Parte II, Sez.ione IV, n. 14, *Giurisprudenza amministrativa*, anni 1990/99.

<sup>7</sup> Procedimento archiviato per rinuncia delle parti al ricorso, con decreto del T.A. 21 novembre 1995.

*quale che sia il tenore formale della domanda, spettando sempre al giudice ordinario il sindacato di legittimità sull'atto amministrativo che si assume lesivo non di un semplice interesse, ma del diritto soggettivo del cittadino.*

*Dal sistema obbligatorio di sicurezza sociale, di cui alla Legge n. 42/1955, scaturiscono diritti soggettivi perfetti, essendo tale sistema concreta espressione della tutela della salute, configurata nell'ordinamento sammarinese come un diritto primario ed essenziale; in questa materia, la tutela giurisdizionale presso la magistratura ordinaria, sancita dall'art. 56 della stessa legge n. 42/1955, non è stata abolita o derogata dalla istituzione del Tribunale Amministrativo, che è istituzionalmente investito della tutela degli interessi e soltanto in via di eccezione (come per gli atti in materia di pubblico impiego, secondo il disposto dell'art. 9, comma secondo, della Legge n. 68/1989) di diritti soggettivi veri e propri. Pertanto, la conoscenza di controversie in materia di versamento di contributi previdenziali spetta al giudice ordinario.*

---

(omissis)

### 3.

Consiglio Grande e Generale (Esperto in diritto: Prof. Giovanni Gualandi), 22 ottobre 1995.

Cassa di Risparmio di San Marino (Avv. Manuel Micheloni) : Ufficio del Lavoro, rappresentato dai Sindaci di Governo (Avvocatura dello Stato – Avv. Silvia Rossi), avverso provvedimento dell'Ufficio del lavoro 18 giugno 1998 – Ricorso n. 13 anno 1998<sup>8</sup>.

#### **Contributi previdenziali – Sgravio – Natura di diritto soggettivo.**

*Il beneficio dello sgravio percentuale dei contributi previdenziali a favore del datore di lavoro, in caso di trasformazione del rapporto di lavoro del dipendente da tempo pieno a tempo parziale durante i primi tre anni di vita del figlio, previsto dalla Legge n. 112/1994, non si configura come un mero interesse individuale, suscettivo soltanto di tutela in relazione ed in coincidenza con le esigenze del pubblico interesse discrezionalmente apprezzate dall'autorità amministrativa, ma assurge alla consistenza di vero e proprio diritto soggettivo, tutelato in modo diretto ed immediato, essendo l'Amministrazione rigorosamente astretta, nel suo operare, a dare attuazione alle disposizioni di legge, senza che sia prevista, nel caso alcuna riserva e esperimento di potere discrezionale. Di conseguenza, le controversie relative all'ammissione del datore di lavoro al beneficio suddetto sono di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, secondo il disposto dell'art. 15, comma primo, della Legge n. 19/1974.*

---

<sup>8</sup> Sentenza del T.A. n. 2/1999. Cfr. Parte II, Sezione IV, n. 285, *Giurisprudenza amministrativa*, anni 1990/99.

(omissis)

---

**SEZIONE TERZA – DECISIONI DI GRADO STRAORDINARIO**

---

**1.**

Consiglio Grande e Generale (Consulente: Prof. Enrico Spagna Musso), 14 ottobre 1993, delibera n. 7.

Ricorsi per *restitutio in integrum* proposti da:

- 1) Soc. An. Forcellini Industria Alimentari Carni contro la sentenza pronunciata dal Giudice amministrativo d'appello in data 28 novembre 1990<sup>9</sup>;
- 2) Billi Pietro contro la sentenza pronunciata dal Giudice delle Appellazioni civili in data 13 maggio 1991 – Causa civile n. 293, anno 1984;
- 3) Delouvy Alcide e figlie contro la sentenza del Commissario della Legge pronunciata in data 16 giugno 1989 e contro la sentenza del Giudice delle Appellazioni civili in data 21 marzo 1991 – Causa civile n. 282, anno 1987;
- 4) Biorzi Romeo Contro la sentenza del Commissario della Legge pronunciata in data 18 settembre 1991 – Causa civile n. 282, anno 1990.

**“Restitutio in integrum” e “querela nullitatis” – Rimedi Straordinari.**

*La restitutio in integrum e la querela nullitatis sono rimedi straordinari, esperibili solo in mancanza di altro gravame o mezzo di impugnazione ordinario.*

*La restitutio in integrum è un beneficio che tocca tanto il diritto processuale quanto il diritto sostanziale e può essere accordato solo di fronte a situazioni meritevoli di eccezionale tutela nei tassativi casi nei quali: un soggetto non fu in grado di difendere i propri diritti, perché minore o assente; dopo la sentenza furono trovati documenti decisivi, che la parte non aveva potuto produrre per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; la sentenza fu pronunciata in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false; la sentenza fu effetto di grave errore di fatto, risultante dagli atti o documenti della causa; la sentenza fu effetto del dolo della controparte, ovvero del giudice, accertato quest'ultimo con sentenza passata in giudicato.*

*La querela nullitatis è un rimedio concesso nel diritto comune solo per ragioni attinenti alle violazioni di diritto.*

*E' quindi un rimedio volto a conseguire l'effetto demolitorio della sentenza, o di altro provvedimento del giudice, contrari a norme, mentre l'istanza di restitutio in integrum ha per oggetto il processo e tende a porre nel nulla un giudicato si conforme a legge, ma formatosi attraverso un esame del merito rivelatosi successivamente inadeguato.*

---

(omissis)

**2.**

---

<sup>9</sup> Sentenza del T.A. n. 28, 1990. Cfr. Parte II, Sezione III, n. 28, *Giurisprudenza amministrativa*, anni 1990/99.



Consiglio Grande e Generale (Consulente: Prof. Enrico Spagna Musso), 14 ottobre 1993, delibera n. 11.

Calzolari Carlo (Avv. L. Baciocchi) : Masi Luigi (Avv. P. Reffi) – Causa n. 263, anno 1983.

### **Restitutio in integrum – Principi.**

*Soltanto quando l'esame del merito risulti inadeguato, quando emergano fatti influenti, che restarono ignoti al giudicante, per l'obiettiva impossibilità di conoscerli in cui versava la parte interessata a farli valere, o per cattiva macchinazione dell'altra parte, è esperibile ed accoglibile l'“auxilium extraordinarium” della restituzione in intero. Così il profilo giustiniano delle “novae definsiones” converge con il classico dolo processuale.*

---

(omissis)

### **3.**

Consiglio Grande e Generale (Consulente: Prof. Adriana Campitelli), 18 ottobre 1994, delibera n. 14.

Terenzi Severina (Avv. R. Bonelli) : Billi Luigi (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 57, anno 1987.

### **“Restitutio in integrum” e “querela nullitatis” – Rimedi Straordinari.**

*Nel giudizio restitutorio è il merito che ha sofferto una rappresentazione non conforme a verità.*

*L'interesse al rimedio straordinario nasce da un fatto, non valutato per forza maggiore, per ignoranza evidente, per dolo della controparte, che appare come elemento determinante e sovversivo della costruzione logica del giudizio o dei giudizi precedenti.*

*La querela di nullità consente alla parte soccombente di impugnare una sentenza passata in giudicato, invocando un vizio insanabile a carico della sentenza stessa; vizio che può investire i requisiti essenziali attinenti alla ritualità del processo stesso, oppure alla decisione del giudice pronunciata contra legem.*

*Nella querela, dunque, per impugnare la sentenza nulla, è il vizio insanabile dell'atto finale del giudizio che deve essere dichiarato.*

---

(omissis)

**4.**

Consiglio Grande e Generale (Consulente: Prof. Avv. Roberto Bonini), 13 marzo 1995, delibera n. 4<sup>10</sup>.

S.A.R.L. Roberto da San Marino (Avv. A. Selva) : S.r.l. Six Italia Import Export (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 196, anno 1994.

**Querela nullitatis – Rimedio straordinario.**

*La natura giuridica della querela di nullità, rimedio eccezionale esperibile soltanto in mancanza di altri mezzi giuridici, non è stata modificata dall'art. 5, primo comma, della Legge 28 ottobre 1992 n. 83.*

---

(omissis)

---

<sup>10</sup> In via preliminare, il 28 novembre 1994, il Consulente designato espresse parere contrario all'accoglimento della richiesta di sospensione degli atti esecutivi sino alla pronuncia sulla querela nullitatis.

---

**SEZIONE QUARTA – DECISIONI SULLA COMPETENZA**

---

**1.**

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Avv. Umberto Santarelli), 20 settembre 1991.

Impresa Costruzioni Palazzetti (Avv. M. Nicolini) : Bastoni Aldo e Ivo (Avv. G.B. Reffi) – Causa n. 342, anno 1991.

**Sequestro: competenza del giudice sammarinese – Inammissibilità di scissione dei giudizi di accertamento e conferma del sequestro.**

*L'autorità giudiziaria sammarinese è competente a concedere il sequestro di beni mobili situati nel territorio della Repubblica ed a confermarlo.*

*Non è ammessa la scissione del giudizio di accertamento del credito da quello per la conferma del sequestro.*

---

(omissis)

**2.**

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Ilo Spada), 14 febbraio 1992.

Monte dei Paschi di Siena (Avv. G. Lonfernini) : S.A. Ali (Avv. M. Nicolini) – Causa n. 245, anno 1988.

**Competenza: “Forum destinatae solutionis” – “Forum ex Connexione vel continentia causae”.**

*In deroga al principio “actio sequitur forum rei”, deve seguirsi, senza alcuna speciale condizione, il forum destinatae solutionis, se la lite riguardi una obbligazione da eseguire nel territorio della Repubblica.*

*Nella fattispecie, concorre inoltre, connesso al primo, il criterio di collegamento del forum ex connexione vel continentia causae, sussistendo, tra le cause riunite, identità dell'oggetto, del titolo giuridico, delle persone.*

---

**DIRITTO**

Va rilevato, *in primis*, che l'eccezione di incompetenza territoriale è stata ritualmente sollevata *in limine litis* dall'ill.mo Procuratore della convenuta, S.p.a. Ceramital, Avv. Renzo Bonelli, il quale alla prima udienza del 26 gennaio 1989 scriveva a Verbale:

*“Ritenuto quanto sopra si eccepisce difetto di competenza giudiziaria territoriale di questo Tribunale Commissariale in quanto non sussiste alcun elemento che possa far ricondurre la controversia alla giurisdizione di esso. La regola principale in materia dispone che il convenuto debba essere chiamato avanti all’autorità giudiziaria del luogo di residenza”.*

S.S. il Commissario della Legge, vista l’istanza avanzata dalla S.p.a. Ceramital, ne ordinava la notifica alla Procura avversa con decreto del 27 gennaio 1989 assegnando il termine rituale per dire e dedurre; successivamente, in data 6 febbraio 1989, ordinava notifica del suddetto Decreto e di copia della menzionata istanza all’avv. Marino Nicolini per la S.a. Ali e all’avv. Giuseppe Lonfernini per il Monte de’ Paschi di Siena.

Costituite così le Parti nel procedimento per la sollevata eccezione declinatoria di competenza giudiziaria internazionale, l’ill.mo Avv. Giuseppe Lonfernini, in data 22 febbraio 1989, presentava istanza affinché *“la causa intentata dalla S.a. Ali contro la Ceremital sia separata da quella intentata dal Monte de’ Paschi di Siena con la Ali, anche perché è stata sollevata la incompetenza del Tribunale di S. Marino, fatto questo che comporta inevitabilmente una stasi del giudizio”.*

All’istanza si opponeva, in data 23 febbraio 1989, l’avv. Marino Nicolini che sosteneva invece *“la competenza del Tribunale Sammarinese, poiché la lite fra la Ceremital e la Ali è strettamente connessa con l’altra lite promossa dal Monte de’ Paschi di Siena contro la Società Ali”.*

In questa prospettiva concettuale, di invocata o denegata connessione delle due liti, si svolgono *hinc inde* le Memorie conclusive delle parti in causa.

L’ill.mo avv. Renzo Bonelli ha riaffermato che *“la regola generale utile a determinare il forum territorialmente competente è quella che favorisce il convenuto e stabilisce che il giudizio debba essere istituito presso la sede di costui”* e che *“l’unico elemento che può essere valutato ai fini che qui interessano e che può influire sullo spostamento della sede è costituito dalla eventuale connessione che esisterebbe fra la presente vertenza e una lite in precedenza instaurata avanti al Tribunale di S. Marino fra la S.a. Ali e il Monte de’ Paschi di Siena”.*

L’Avv. Bonelli concludeva rilevando che *“nel caso in esame non sussiste connessione poiché non c’è identità di Parti fra le due cause; il titolo e l’oggetto non sono identici, trattandosi di rapporti del tutto estranei fra di loro, nei quali l’unico elemento in comune è una delle parti (S.p.a. Ceramital) che, essendo al centro dei rapporti, non può essere sottratta al suo giudice naturale. Si chiede accogliere l’eccezione e addebitare le spese conseguenti alla S.a. Ali”.*

Anche l’ill.mo Avv. Giuseppe Lonfernini – che già in data 22 febbraio 1989, fin dal suo primo intervento in causa, aveva affermato *“non esistere alcuna ragione di connessione che possa portare alla riunione delle cause”* – ha ulteriormente ribadito che *“le due cause sono e dovevano essere tenute separate”* e che *“l’azione intrapresa dal Monte dei Paschi di Siena contro la S.a. Ali è quindi legittima e ben radicata per il fatto che la competenza del Tribunale di San Marino esiste in tutte le azioni promosse da forestieri contro cittadini o semplici abitanti della Repubblica per qualunque motivo o causa”.*

Per quanto riguarda invece l’eccezione di competenza giudiziaria territoriale sollevata dalla Procura della Ceremital in ordine al contratto stipulato con la Ali a Scandiano con elezione del foro convenzionale di Siena, nulla quaestio: *“tutto ciò sta bene per i rapporti fra la Ali e la Ceremital, ma non certamente per quelli fra Monte dei Paschi di Siena e Ali”.*

Alle argomentazioni degli ill.mi avvocati Bonelli e Lonfernini si opponeva nella sua Conclusionale il Procuratore della S.a. Ali, avv. Nicolini, *“sostenendo invece la competenza del Tribunale sammarinese per diverse motivazioni, ma principalmente perché si tratta di una lite fra la Ali e la Ceremital, connessa con l'altra fra il Monte dei Paschi di Siena e la Ali. Infatti, nella fattispecie si è radicata a S. Marino la causa del Monte dei Paschi di Siena contro la Ali e solo avanti il Tribunale di San Marino la Ali poteva chiedere l'intervento della S.p.a. Ceremital per contestare alla Ceremital le proprie inadempienze contrattuali. Che poi la Ceremital avesse ceduto il proprio credito al Monte dei Paschi di Siena, e quindi il Monte dei Paschi di Siena agisse direttamente contro la Ali, era fatto estraneo alla Ali stessa, che non aveva mai accettato né sottoscritto alcunché in tal senso. E' chiaro che le due vertenze sono strettamente connesse, poiché è chiarissimo che ove la Ali nulla debba alla Ceremital, nulla deve neppure al Monte dei Paschi di Siena, ed è quindi altrettanto chiara ed evidente la connessione di causa, ed anzi l'unione delle due cause che vertono sullo stesso ordine”*.

L'ill.mo avv. Marino Nicolini affermava poi la competenza del Tribunale sammarinese *“anche per altra via. Infatti, secondo l'accordo 21/10/85 la Società Ali era tenuta al pagamento della merce fornita alla S.p.a. Ceremital a mezzo tratta, che la società Ceremital emetteva contro la società Ali, presso la propria sede, e quindi i pagamenti sarebbero dovuti avvenire in Repubblica di San Marino, avendo ivi sede la Ali. Da ciò ne consegue che il forum destinatae solutionis è ancora quello del Tribunale di San Marino, come ben spiegato alla pag.34 della suddetta opera del Dr. Viroli...”*.

Di fronte all'aperto e insanabile dissenso delle Conclusionali sul punto della connessione di lite, il Consulente nominato ritiene che la più chiara e convincente soluzione alla controversia venga anzitutto e primieramente da un elemento, di diritto e di fatto, che appare non contestato da alcuna delle parti in causa.

Si tratta, obiettivamente, della *“fornitura della merce, consegnata dalla S.p.a. Ceremital alla S.a. Ali secondo contratto stipulato in data 21/10/1985, in base al quale erano state spiccate dalla Ceremital varie tratte, intestate alla Ali, e poi cedute al Monte dei Paschi di Siena, che ne urgeva il pagamento davanti al Tribunale Commissariale della Repubblica di San Marino con istanza depositata in data 28 settembre 1988”*.

Tale *“fornitura di merce”* non veniva disconosciuta dalla S.a. Ali, anzi veniva implicitamente ammessa dalla Ali stessa, la quale, attraverso la propria Procura, sottolineava nella Citazione del 1° dicembre 1988 che *“parte del materiale consegnato era difettoso... e che la consegna del materiale non era avvenuta nei tempi convenuti, per cui la Ali aveva perso notevoli fornitori e utili su tali consegne”*.

La Procura della Ceremital, nello stesso atto con cui *“eccepiva il difetto di competenza giudiziaria territoriale del Tribunale Commissariale, eccepiva altresì l'assoluta infondatezza della pretesa inadempienza affermata dalla S.a. Ali”* circa il materiale e la sua non tempestiva consegna, sottolineando con ciò – almeno implicitamente – che la fornitura di merce era stata fatta regolarmente dalla Ceremital di Buonconvento (Siena) alla S.a. Ali di San Marino.

Sulla base di questo elemento – costituito dalla fornitura di merce, fatta più o meno regolarmente alla S.a. Ali di San Marino – si evince ineluttabilmente che il contratto stipulato il 21/10/1985 fra la Ceremital e la Ali di San Marino doveva avere esecuzione nella Repubblica di San Marino!

Da ciò emerge all'evidenza il criterio indicativo della competenza, enunciato formalmente dal Richerius nella sua lodatissima *Universa Jurisprudencia*: *“Cum*

*unusquisque ibi contraxisse intelligatur ubi se solvendum obligavit, sponte sequitur ex loco destinatae solutionis forum competens nasci*".

E', del resto, il principio già lapidariamente enunciato dal *Digesto*: "*Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit*" (XLIV, 7).

Giacomo Ramoino, in un suo autorevolissimo parere, pienamente accolto dall'On. Consiglio dei XII in data 13 maggio 1924, scriveva testualmente: "*Gli stranieri possono essere citati avanti queste Autorità Giudiziarie... se sia questione di obbligazioni, che abbiano origine da contratti o fatti avvenuti in questo territorio, o che qui debbano avere esecuzione*".

Come si è sopra comprovato – e come tutte le Parti in causa esplicitamente o implicitamente ammettono – non v'è dubbio che il contratto stipulato fra la S.p.a. Ceramital di Buonconvento (Siena) e la S.a. Ali di San Marino il 21/10/1985 doveva avere ed ha avuto, più o meno regolarmente, esecuzione nella Repubblica di San Marino. Ergo, il Tribunale Commissariale Civile e Penale della Repubblica è certamente competente *ratione destinatae solutionis*!

Con ciò, sulla base appunto del criterio del *forum destinatae solutionis*, la questione *de qua agitur* è risolta.

Per completezza, e *ad abundantiam*, si vuole tuttavia richiamare un altro criterio che, nel caso *de quo*, è collegato al primo: si tratta del *forum ex connexione vel continentia causae*.

E' un foro peculiare del Diritto Canonico e del Diritto Comune, che l'hanno derivato dalle fonti del Diritto Romano: "*Tunc habetur connexio, quando eadem sunt personae litigantes, vel idem est titulus iuridicus litis, vel eadem est res de qua litigatur*" (Cappello, *Summa*, vol. III, Romae, 1936, p.81).

Nella fattispecie sottoposta al presente giudizio, *eadem est res de qua litigatur*: si è già dianzi rilevato che l'oggetto della contesa si sostanzia nella fornitura di merce su cui tutti concordano: infatti, il Monte dei Paschi di Siena, nella istanza presentata dalla sua Procura, in data 28/9/1988, rilevava "*che la S.a. Ali non contestava né la cessione del credito né la fornitura della merce*"; il che sostanzialmente era vero, in quanto la S.a. Ali nella sua Istanza del 1° dicembre 1988 rilevava che "*parte del materiale consegnato era difettoso e non era stato consegnato nei tempi convenuti*"; ma queste "pretese inadempienze" sono state negate dalla S.p.a. Ceramital che aveva fornito la merce stessa, e ciò nella istanza del 26/1/1989.

Ma nella fattispecie non vi è soltanto identità dell'oggetto; vi è anche identità del titolo giuridico, cioè del credito che *hinc inde* è fatto valere o negato dalle Parti in causa.

Infatti, il Monte dei Paschi di Siena per la "*fornitura della merce faceva valere il credito di £. 50.000.000 che la S.p.a. Ceramital vantava nei confronti della Ali, e che la Ceremital gli aveva ceduto*" ed era attestato dalle varie fatture che la Procura del Monte dei Paschi di Siena diligentemente indicava nel Verbale del 22/2/1989.

Tale credito di £. 50.000.000 era invece contestato dalla S.a. Ali che, tramite la propria Procura, nella citazione del 1/12/1988 rilevava come "*per la mancata consegna di materiale nei tempi convenuti avesse perso notevoli fornitori e utili su tali consegne*" riportandone danni, per cui chiedeva a S.S. il Commissario della Legge di "*ordinarsi l'unione della presente causa alla causa promossa dal Monte dei Paschi di Siena contro la Società Ali per il pagamento delle forniture di cui alla presente citazione*".

Oltre l'oggetto e il titolo ricorre anche l'identità delle persone.

E' ben vero che creditrice della S.a. Ali non è più la S.p.a. Ceramital che le aveva inviato, più o meno tempestivamente, la fornitura di merce, ed in sua vece si è sostituito il Monte dei Paschi di Siena, al quale la Ceremital ha ceduto il suo credito; tuttavia, la situazione sostanziale sul piano giuridico non cambia.

Si tratta di una semplice sostituzione del soggetto attivo, che non induce alcun cambiamento sostanziale nel primitivo rapporto giuridico, in quanto il soggetto passivo può opporre al cessionario (nel caso, il Monte dei Paschi) tutte le eccezioni personali (*personae cohaerentes*) e reali (*rei cohaerentes*) che egli avrebbe potuto far valere di fronte al soggetto cedente (la Ceremital).

Sul punto è chiara la dottrina antica: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Lo *ius* del cessionario rimane identico a quello del cedente. Anche le moderne Legislazioni hanno stabilito lo stesso principio: infatti, l'art. 1263 del codice civile italiano dispone che “*Per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, le garanzie personali e reali e con gli altri accessori*”.

La moderna Dottrina – con riferimento alla norma codicistica – pone in rilievo come “*con la cessione vien trasferito un credito che rimane, per il resto, inalterato in tutti suoi elementi, compresi gli eventuali accessori*” (Cfr. Capiluppi M., *Diritto civile*, Milano 1991, p.152; Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1948, p.489; Galgano F., *Diritto Privato*, Padova, 1981, p.378; Rescigno P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1987, p.646).

Orbene, nel caso nostro, se il rapporto creditizio – intercorrente primieramente fra la Ceremital e la Ali, successivamente ceduto dalla Ceremital al Monte dei Paschi – rimane inalterato in tutti i suoi elementi, è evidente che intercorre una vera e reale connessione fra la causa instaurata dalla S.a. Ali contro la Ceremital (soggetto cedente) e la causa promossa dal Monte dei Paschi (soggetto cessionario) contro la S.a. Ali, per la stessa fornitura di merce, e per lo stesso ed identico credito.

Se non ci fosse, *in casu*, vera e reale connessione, ci si troverebbe davanti ad una mostruosa aberrazione giuridica, ad un pauroso *monstrum iuridicum*: un creditore, con uno stratagemma (la cessione del credito ad altro soggetto-cessionario) riuscirebbe a spostare la naturale competenza giudiziaria e ad evitare che siano a lui contestate tutte le eccezioni personali e reali, che invece il Diritto Comune e le moderne legislazioni prevedono (art. 1263 c.c. it.).

Esiste pertanto, nel caso di specie, competenza giudiziaria internazionale dei Tribunali della Repubblica di San Marino anche per connessione di lite.

### 3.

Consiglio dei XII (Consulente Prof. Victor Crescenzi), 22 ottobre 1992.

Ditta G.M. e C. (Avv. L. Baciocchi) : S.p.a. Atti (Avv. M. Micheloni) – Causa n. 237, anno 1991.

**Competenza: “Locus contractus inter absentes”.**

*La costante giurisprudenza ha stabilito il principio secondo il quale il locus contractus, ossia il luogo in cui si è perfezionato il contratto – in un contratto consensuale inter absentes – è quello in cui avviene l'accettazione della proposta.*

*Questo principio di diritto comune è dalla medesima giurisprudenza denominato come "teoria del luogo della ricezione della proposta".*

---

## FATTO E DIRITTO

1. Così come risulta dalle bolle di accompagnamento n.2207 e 2218 (del 14.XI.1990) e n.2227 (del 21.XI.1991) nonché dalla fattura n.1146 della soc. Atti, tutte allegate al fascicolo, questa eseguiva una fornitura di alcuni componenti di macchinari alla ditta G.M. & C. di Marino Gregoroni per un valore totale di £. 3.735.400. La ditta G.M. & C., a sua volta, forniva la merce così acquisita ad altra impresa, la Nuova Sipla, che constatava l'inidoneità parziale di tali componenti in ordine all'uso per il quale erano stati richiesti. Questa inidoneità aveva posto la ditta destinataria dei beni nella necessità di sottoporli, a sue spese, agli opportuni adattamenti. A seguito delle contestazioni della Nuova Sipla, tra questa e la G.M. & C. si addiveniva a bonaria composizione, consistente in una riduzione del prezzo di vendita. Ritenendo che il minor introito così conseguito fosse da attribuire alla responsabilità della soc. Atti in quanto questa avrebbe dovuto, secondo quanto ritenuto dalla G.M. & C. fornire beni perfettamente idonei alla loro destinazione finale, la medesima G.M. & C. provvedeva a pagare, a saldo della fattura sopra citata n.1146 del 30.XI.1990 £. 2.235.400, trattenendo £. 1.500.000 quale risarcimento del danno che essa riteneva di aver così subito. Inoltre, a seguito delle richieste della soc. Atti, concretatesi nell'adizione del giudice italiano, la medesima G.M. & C., con atto di citazione depositato nella Cancelleria del Tribunale Commissariale Civile e Penale il 24 ottobre 1991, conveniva la soc. Atti s.p.a., con sede in Pievesestina di Cesena, via Zavaglia, 415, provincia di Forlì, chiedendo che si dichiarasse giudizialmente l'inesistenza del credito vantato da quest'ultima. Considerato il valore della causa, essa risultava di competenza del Giudice Conciliatore; questi, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, constatava che la parte convenuta sollevava in via pregiudiziale l'eccezione declinatoria della competenza territoriale internazionale del giudice sammarinese e con decreto del 20 dicembre 1991 concedeva il termine per dire, dedurre e concludere in proposito; con successivo decreto del 6 marzo 1992 il medesimo Giudice trasmetteva il fascicolo all'Ecc.mo Consiglio dei XII, il quale, con delibera n.1986 del 28 maggio 1992 mi nominava consulente ai sensi degli artt. 2 e 6 della legge 5 giugno 1923 n.13. Il 27 luglio 1992 mi venivano trasmessi gli atti della causa.

2. La sola parte convenuta soc. Atti risulta aver depositato proprie conclusioni, il 30 gennaio 1992, in plico chiuso, in ordine alla eccezione che essa stessa ha sollevato. In tali conclusioni, la parte convenuta richiama alcuni principi, in riferimento ai quali ritiene che debba essere valutata tale eccezione, primo fra tutti che la *lex fori*, sulla base della quale stabilire la competenza del giudice di San Marino, non può essere altra che quella dell'ordinamento interno di questa Repubblica. Tale principio avrebbe il conforto sia della giurisprudenza del Consiglio dei XII, sia della giurisprudenza di diritto comune. Richiamato questo principio la soc. Atti fa rilevare come, secondo il diritto sammarinese,



il criterio *actor sequitur forum rei*, patisce alcune eccezioni, le quali sono passate accuratamente in rassegna. Tra i principi esaminati viene data particolare rilevanza a quello che attribuisce valore discriminante al *locus contractus*, del quale si sostiene la precisa rilevanza nella causa in esame, con particolare riferimento al *contractus inter absentes*. Attenzione specifica è prestata infine al *forum destinatae solutionis*, che pure potrebbe assolvere, nella questione in specie, un ruolo significativo.

3. L'eccezione di parte convenuta soc. Atti è fondata. Secondo la giurisprudenza costante di codesto Ecc.mo Consiglio, la materia della competenza internazionale del giudice sammarinese risulta disciplinata dallo *ius commune*, integrato e derogato dallo Statuto: cfr. §§ 94, 250, 279, 280, corrispondenti alle rubr. I, XXIV e XXXIV del secondo libro delle *Leges Statutae*; cfr. altresì T.C. Giannini, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, p.29ss. In base a tale sistema risulta evidente che, **quando si versi in materia contrattuale, come nel caso in esame, qualora il convenuto sia forensis, il forum iurisdictionis risulta determinato dal luogo in cui il contratto fu concluso**: cfr. *Leges Statutae*, Lib. II, rubr. I (§ 94), che riprende e specifica la disciplina di diritto comune così come sancita in D. 1, 5, 2, 4; cfr. anche Giason del Maino nel commento a C. 1, 1, 1, n.18 della *prima lectura* e n.56 della *seconda lectura*, che fa sue e riferisce le corrispondenti opinioni di Bartolo e di Baldo; cfr. infine Voegt, *Commentarium* a D. 5, 1, nn.66 e 73.

Ciò premesso, si tratta di stabilire quale sia, nella questione qui da decidere, il *locus in quo contractus uel quasi contractus celebratus seu perfectus est*, per riprendere le parole del Voet. Per la soluzione di questo quesito si deve tener conto **del tratto specifico del contratto consensuale inter absentes, in quanto concluso per mezzo di una procedura diffusissima nella pratica commerciale, consistente nell'invio di ordine scritto o telefonico**: infatti non esiste in atti contestazione sul punto relativo alla conclusione del contratto. Essa si è realizzata per mezzo dell'invio, da parte della G.M. & C. di un ordine di fornitura (che integra la proposta contrattuale), cui ha corrisposto sul piano dei fatti l'avvenuta fornitura da parte della soc. Atti delle merci richieste con quell'ordine. Il consenso, dunque, si è formato al momento e nel luogo in cui la soc. Atti, dopo aver ricevuto l'ordine, accettandolo, gli ha dato regolarmente corso, provvedendo alla spedizione della merce richiesta, ossia eseguendo integralmente l'ordine.

La uniforme giurisprudenza di codesto Ecc.mo Consiglio ha stabilito il principio secondo il quale **il locus contractus – ossia il luogo in cui si è perfezionato il contratto – in un contratto consensuale inter absentes è quello in cui avviene l'accettazione della proposta; questo principio è denominato nella dottrina “teoria della ricezione”**. Esso trova il conforto della giurisprudenza dottrinale di diritto comune, rappresentata dal già citato Voet, dal Richeri (*Universa iurisprudentia*, lib. IV, t. 39, c. 4 § 1876); e dal De Luca (*Dottor Volgare*, l. III, t. 20, n.17). L'unica voce discordante sembra essere quella del Grozio citato per esempio nella decisione di codesto Ecc.mo Consiglio del 19 aprile 1967, relativa alla causa n.171 del 1965 (consulente il prof. P. Casadei Monti), la quale decisione costituisce specifico precedente nella presente causa (v. *infra*). In tale decisione si mette in evidenza come quella della ricezione costituisca non solo dottrina dominante, ma addirittura *opinio communis*, laddove la tesi del Grozio, ammesso che sia applicabile al caso esaminato, costituisce *opinio singularis*. L'argomentazione seguita in tale decisione appare del tutto persuasiva in quanto, del resto, perfettamente aderente alla pratica commerciale. Ne consegue che il luogo in cui si

è perfezionato il contratto *de quo* è il domicilio della soc. Atti, vale a dire Pievesestina di Cesena.

4. A non diversa conclusione si perviene se si prende come principio di collegamento il *locus destinatae solutionis*. Non solo questo *locus* deve intendersi, nel caso in specie, il domicilio della convenuta, ossia Pievesestina di Cesena, giusta la norma richiamata dalla sua memoria conclusionale, sancita da D. 19, 1, 3, 4. Ma a ciò si aggiunga che, in quanto la causa verte in tema di contratto a prestazioni corrispettive, si deve guardare a quale delle obbligazioni sia stata dedotta in lite. Invero, la domanda dell'attrice verte specificamente sull'obbligazione di pagamento, circa la quale si richiede la pronuncia del giudice; d'altra parte non esiste dubbio alcuno che detta obbligazione andava eseguita al domicilio del creditore (come del resto risulta riconosciuto *per facta concludentia* della G.M. & C., per la parte di pagamento eseguita). Ne consegue con assoluta certezza che, anche volendo richiamarsi al principio del *locus destinatae solutionis*, da qualsiasi punto di vista si guardi la questione, il foro non può essere altro che quello della parte convenuta.

5. Relativamente a tutti principi sopra richiamati e alla loro applicazione nell'ordinamento sammarinese (*forum contractus*, dottrina della ricezione, *locus destinatae solutionis*). La giurisprudenza del Consiglio dei XII è ancora una volta più che costante, uniforme; cfr. le seguenti pronuncie del Consiglio dei XII: 11 gennaio 1963, soc. an. Scala contro ditta Teodorani & Dolci, causa n.30 del 1962 in G.S. a. IV, n.3, p.6s.; 11 gennaio 1963, Otello Geri contro Ines Renzetti, causa n.460 del 1961, in G.S., *ibidem*, n.4, p.7ss.; 17 novembre 1964, soc. an. Deca Company contro avv. E. Roverselli, causa n.13 del 1964, in G.S., a. IV, n.1, aa. 1964-69, p.29ss.; 19 aprile 1967, cos. An. Sapea contro s.p.a. Acna, causa n.171 del 1965, in G.S., *ibidem*, n.2, p.35ss.; 23 aprile 1970 Cosimo di Presa contro s.p.a. N.C.R., causa n.180 del 1969, in G.S., *ibidem*, n.5 p.55ss.; 17 gennaio 1975, ditta Titanpetrol contro s.p.a. E. Bartoletti, causa n.27 del 1973, in G.S. dal 1970 al 1980, n.3, p.59s.; 17 gennaio 1975, S.A. Libra contro s.r.l. Precast, causa n.409 del 1970, in G.S., *ibidem*, n.4, p.61ss.; 17 gennaio 1975 causa S.A. Libra contro s.p.a. Bonomi, causa n.408 del 1970, in G.S., *ibidem*, n.5, p.65.

Tra tutte queste pronuncie spicca, per la particolare concludenza rispetto alla causa in esame, quella già citata del 19 aprile 1967, soc. an. Sapea contro s.p.a. Acna, causa n.171 del 1965, in G.S., *ibidem*, n.2, p.35ss. La fattispecie ivi dedotta presenta tratti di analogia con quella relativa alla presente lite, talmente intensi da potersene accogliere, come si è sopra anticipato, senza riserve le conclusioni, che del resto coincidono con i motivi fin qui esposti.

#### 4.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Victor Crescenzi), 7 maggio 1993.

Diamanti Daniele (Avv. A. Selva) : Esse Tre s.r.l. (Avv. M. Simoncini) – Causa n. 125, anno 1991.

**Sequestro: concessione e conferma – Credito: canonizzazione – Procedimento speciale unitario.**

*L'autorità giudiziaria sammarinese è competente a concedere il sequestro, conservativo o provvisorio, di beni mobili situati nel territorio della Repubblica ed a confermarlo.*

*Ne consegue immediatamente accertata la competenza per il connesso giudizio di accertamento del credito, data l'unitarietà del procedimento.*

*Il procedimento cautelare, nelle sue due fasi del sequestro conservativo e del successivo giudizio di conferma e di canonizzazione del credito, si configura come un procedimento speciale unitario, nel quale sequestro e conferma del credito sono strettamente e funzionalmente connessi.*

---

## FATTO E DIRITTO

1. Con provvedimento del 2 luglio 1991 S.S. Ill.ma il Commissario della Legge autorizzava, a rischio e pericolo della parte istante, il sequestro: a) di un'autovettura marca Jaguar 3.8 MKZ di colore bianco, targata Ravenna 165889, di proprietà della Esse Tre s.r.l., attualmente depositata presso la S.A. Old Car Museum, via Boschetti, Borgo Maggiore fino alla concorrenza di £. 16.222.200; b) del libretto di circolazione nonché del foglio complementare e del relativo foglio di assicurazione dell'auto sopra descritta; inoltre con lo stesso provvedimento il Commissario della Legge, tra l'altro, nominava l'Amministratore Unico dell'Old Car Museum custode del bene sequestrato, disponeva il deposito della documentazione sequestrata presso la Cancelleria del Tribunale e fissava l'udienza del 5 settembre 1991 per la convalida del sequestro.

Il provvedimento commissariale è stato adottato in seguito all'istanza che il 25 giugno 1991 il sig. Daniele Diamanti, dottore commercialista, cittadino italiano residente in Ravenna ha depositato nella Cancelleria del Tribunale Commissariale Civile e Penale contenente un ricorso per sequestro conservativo contro la società Esse Tre s.r.l., con sede in Forlì, via Keplero, 6 (avendo avuto già sede in Ravenna, via Antica Zecca, 6, come risulta da visura della CCIAA di Ravenna), avente per oggetto beni che si trovano nel territorio della Repubblica e precisamente avente per oggetto l'autovettura sopra descritta. Il motivo del sequestro consiste nel preteso credito di £. 16.543.860, al netto della ritenuta di acconto così come prevista dalla disciplina tributaria italiana, che il dott. Diamanti vanta nei confronti della predetta società, per prestazioni professionali. La pretesa del ricorrente è sostenuta dalla nota pro-forma, opinata dall'Ordine dei Dottori commercialisti della circoscrizione del Tribunale di Ravenna per £. 16.222.600, prodotta e depositata in atti. La causa del sequestro conservativo consiste oltre che nella perdurante inerzia della Società contro la quale esso sequestro viene richiesto, nell'altrettanto perdurante silenzio di detta Società, nell'attuale ritenuto preicolo della perdita delle garanzie del credito, dato il predetto silenzio e posto che l'istante ha acquisito informazioni relative ad uno stato di difficoltà economiche nel quale verserebbe la medesima Società e comunque posto che il medesimo istante ha acquisito la notizia della cessazione dell'attività da parte di tale Società, secondo quanto risulta dalla visura degli atti della CCIAA di Ravenna depositata in atti.

L'oggetto del sequestro è stato individuato nel bene mobile registrato sopra descritto in quanto esso consisterebbe, per informazioni assunte dall'istante, nell'unico bene di cui la Esse Tre risultava essere ancora proprietaria. La circostanza della collocazione di detto bene in territorio sammarinese costituisce il fondamento della competenza del Tribunale

Commissariale alla emissione del relativo provvedimento cautelare. A tal fine l'istante richiama l'art. 11 comma 1 della Convenzione di amicizia e buon vicinato fra la Repubblica di San Marino e lo Stato italiano del 31 marzo 1939, che sancisce la facoltà per i cittadini di ciascuno dei due Stati di far valere dinanzi alle autorità giurisdizionali dell'altro Stato i loro diritti e interessi.

Il sequestro, eseguito lo stesso 2 luglio 1991, non ha potuto colpire la documentazione della autovettura in quanto, così come risulta dalla relazione dei Cursori, precedentemente, e, con maggiore precisione, circa un mese prima, secondo quanto dichiarato dal depositario, è stata consegnata a tale signorina Fiumana, figlia del legale rappresentante della Esse Tre.

Al sequestro si è opposta, con istanza depositata il 12 luglio 1991 la Fouillas s.r.l. con sede in Ravenna, via Cura 21 quale attuale pretesa proprietaria del bene sequestrato; quest'ultima società ha allegato il passaggio di proprietà avvenuto il 31 gennaio 1991 per compravendita conclusa con la Esse Tre; di conseguenza, in quanto terza estranea ai rapporti intercorrenti tra il dott. Diamanti e la Esse Tre, la Fouillas ha richiesto il dissequestro dell'autovettura e la restituzione nella sua piena disponibilità.

Contro l'istanza della Fouillas il dott. Diamanti il 12 agosto 1991 deduce come in atti, sostenendo la propria buona fede e ritenendo la vendita dalla Esse Tre alla Fouillas compiuta con l'evidente finalità di sottrarre il bene ai propri creditori e in particolare alla garanzia del credito che egli stesso vanta nei confronti della medesima società. L'identità, nella persona del sig. Walter Fiumana, del vice presidente della Esse Tre e dell'amministratore unico della Fouillas costituirebbe, secondo quanto sostenuto dal medesimo dott. Diamanti, sufficiente indizio in tal senso.

All'udienza del 5 settembre 1991 mentre la Fouillas riproduceva l'istanza per il dissequestro, il dott. Diamanti ha, da parte sua, riprodotto la citazione per il sequestro, insistendo per la sua convalida e per la canonizzazione del credito. Con provvedimento del 18 settembre successivo S.S. il Commissario della Legge ha confermato il sequestro a rischio e pericolo del ricorrente. Con successiva citazione depositata il 3 ottobre 1991 il dott. Diamanti conseguentemente chiamava la Esse Tre ad udienza in data da determinare per l'accertamento del credito principale, presupposto del sequestro, oltre agli interessi, spese e onorari di causa. Si perviene così all'udienza del 21 novembre successivo in cui la convenuta, *in limine litis*, ritualmente ha eccepito l'incompetenza territoriale internazionale del Giudice sammarinese in ordine alla domanda proposta, rilevando, tra l'altro, che tale domanda sarebbe priva dell'indicazione dei criteri di collegamento idonei a radicare la competenza dell'Autorità giudiziaria della Repubblica. Il Commissario della Legge, con ordinanza del 27 novembre 1991, accordava alle parti i termini per dire, dedurre e concludere in merito alla sollevata eccezione. In conseguenza le parti hanno deposto le loro memorie conclusionali. Con delibera del 28 maggio 1992 il Consiglio dei XII (pratica 1987) mi ha nominato consulente al fine di esprimere sulla sollevata eccezione di incompetenza territoriale internazionale il relativo parere. Il 12 novembre 1992 mi venivano rimessi gli atti.

2. Eccepisce parte convenuta, in via preliminare, che il dott. Diamanti ha ommesso di indicare nella citazione il criterio di collegamento sulla base del quale radicare la giurisdizione sammarinese nella causa in esame. L'eccezione si fonda su una proposizione contenuta nella decisione del Consiglio dei XII del 17 gennaio 1975 (S.A. Libra contro s.r.l. Precast, causa n.409 del 1970, G.S. 1970-80, n.4 p.61). A questa eccezione va attribuito il giusto peso: essa costituisce, come avviene nella decisione

citata, mero presupposto logico per argomentare che anche nella materia della giurisdizione internazionale opera il criterio generale, secondo il quale l'attore deve sempre provare i propri asserti; di conseguenza tale rilievo nella questione qui in esame, non ha motivo per operare poiché il dott. Diamanti ha, una volta che è stata sollevata l'eccezione di incompetenza, provveduto, nel termine assegnatogli dal Commissario della Legge *a quo*, a dedurre il criterio di collegamento sulla base del quale l'attuale procedimento sarebbe ben radicato dinanzi all'Autorità giudiziaria della Repubblica. Non altra, infatti, è la funzione di quello che sostanzialmente costituisce un *obiter dictum* nella pronuncia evocata; in particolare, essa non può voler dire che l'eccezione debba essere accolta ogni qual volta in cui venga sollevata senza che l'attore abbia indicato nella citazione il criterio di collegamento della giurisdizione. Ragioni di economia processuale di immediata evidenza sconsigliano di attribuire un diverso e più intenso valore alla proposizione citata.

D'altro canto, nell'istanza di sequestro l'attore indicava due criteri di collegamento, uno di fatto, l'altro di diritto, vale a dire: a) l'esistenza del mobile registrato da sequestrare sul territorio sammarinese; b) il primo comma dell'art. 11 della Convenzione di amicizia e buon vicinato fra la Repubblica di San Marino e lo Stato italiano del 31 marzo 1939. Come si dimostrerà tra breve, il nesso funzionale del sequestro e della domanda di accertamento del credito è tale da non potersi considerare la seconda separatamente dal primo.

Comunque sia, si deve tenere presente che il giudizio incidentale sulla competenza gode di propria autonomia processuale e si instaura per effetto della eccezione del convenuto dinanzi ad un proprio giudice – il Consiglio dei XII – secondo una procedura consolidata che tuttavia rispecchia le usuali regole del contraddittorio e in particolare la regola dell'onere della prova che incombe su ognuna delle parti per le affermazioni di propria pertinenza. Premesso ciò, può ben risultare conveniente all'attore indicare nella citazione il criterio di collegamento, in modo tale da permettere al convenuto di valutare l'opportunità di sollevare l'eccezione, che in quanto sospensiva del giudizio di merito, ne allunga i tempi di celebrazione; e inoltre, l'aver indicato, nella domanda il criterio di collegamento esimerebbe l'attore dal presentare ulteriori scritti difensivi nel giudizio dinanzi al Consiglio dei XII; ma aldilà di questa connotazione, che sta tutta nella sfera dell'opportunità e della disponibilità di ciascuna delle parti, l'onere dell'indicazione del criterio di collegamento assume un preciso e formale rilievo procedurale solo in seno al giudizio sulla competenza dinanzi al Consiglio dei XII e si situa, come già detto, nell'ambito concettuale della distribuzione dell'onere della prova.

3. Eccepisce, inoltre, parte convenuta che nel caso in questione non sussiste alcuno dei criteri di collegamento previsti dal diritto comune (con rinvio alla pronuncia del Consiglio dei XII del 29 ottobre 1970, curatela del concorso dei creditori del Mobilificio Ercolani contro ditta Giulio Baraghini, causa n.509 del 1968 in *G.S.* 1970-80, n.2, p.53), che, sulla scorta della decisione citata, essa individua nel *forum habitationis*, nel *forum domicilii*, nel *forum contractus*, nel *forum destinatae solutionis*, nel *forum rei sitae*; eccepisce inoltre che nel caso in esame non opera nemmeno una *vis* attrattiva della competenza internazionale in virtù dell'esistenza d'un procedimento concorsuale. E invero non si può non convenire sulla circostanza che entrambe le parti in causa sono soggetti dell'ordinamento italiano, residenti in Italia; che l'obbligazione dedotta nella lite fu conclusa ed eseguita in Italia e che ivi avrebbe dovuto avvenire l'adempimento del credito vantato; che non sussiste alcuna procedura concorsuale la cui *uis* attrattiva possa

radicare una competenza sammarinese. Discorso a parte deve farsi per la sussistenza del criterio del *forum rei sitae*, pur atteso che la lite non verte su un bene collocato sul territorio della Repubblica. Prima di procedere, tuttavia, all'esame della rilevanza di quest'ultimo criterio è necessario sgombrare il campo da alcune questioni preliminari.

La disciplina della competenza dell'Autorità giudiziaria di uno Stato, e dunque la disciplina della competenza dell'Autorità giudiziaria sammarinese è disciplina di diritto interno, espressione concreta della sovranità: è l'ordinamento sammarinese che stabilisce in quali casi i suoi giudici sono competenti e questo fa non solo ricorrendo allo *ius commune*, dal quale si evince il principio generale del *forum rei*, ma anche dettando alcune norme di *ius proprium* che sono contenute nello Statuto e in altre leggi specifiche. E' alla luce di tali norme che dovrà essere stabilito se il giudice sammarinese è competente nella causa in esame.

Per far ciò è necessario individuare esattamente l'oggetto della questione sottoposta alla decisione dell'Ecc.mo Consiglio dei XII cui mi onoro di porgere questo parere.

Afferma parte convenuta nella sua memoria conclusionale: <<l'eccezione di incompetenza va a colpire non i provvedimenti o le domande di natura accessoria e cautelare, come appunto il sequestro, ma direttamente l'ammissibilità della domanda, su cui quelli trovano il necessario presupposto legale e ausiliario>>. Tuttavia, mentre non si può non convenire con la prima parte di tale asserto difensivo, non altrettanto si può condividere la costruzione, contenuta nella seconda parte del passo appena riferito, secondo la quale costruzione la domanda di merito – ossia quella che ha per oggetto l'accertamento del credito – costituirebbe <<necessario presupposto legale e ausiliario>> del provvedimento di sequestro. Presupposto del sequestro, infatti, non è né può essere la domanda di accertamento del credito – che cronologicamente segue l'istanza di sequestro conservativo –, bensì la constatazione sommaria di un'apparenza di fondatezza del diritto dell'istante e il pericolo che questi possa perdere la garanzia patrimoniale del credito vantato; la domanda di accertamento integra una conseguenza processuale necessaria del provvedimento di sequestro: il nesso tra i due atti, quindi, è strettissimo in quanto rigorosamente funzionale. La conseguenzialità sta in ciò, che non avrebbe senso un sequestro se questo non fosse finalizzato alla realizzazione del credito e per questo va rovesciata l'impostazione di parte convenuta, poiché il sequestro può dirsi istituito accessorio a tale realizzazione; ma questa accessorialità costituisce il fondamento della stretta funzionalità reciproca dei due momenti, quello cautelare e quello di merito, e in tale stretto nesso funzionale vanno riguardati. Il sequestro, infatti, non è richiesto per sé, ma prelude necessariamente all'accertamento del credito per la realizzazione del quale esso sequestro è richiesto. Né la cosa oggetto di provvedimento cautelare può rimanere sequestrata indefinitamente: infatti l'art. 53 della *Legge procedurale sulle controversie innanzi il conciliatore* del 10 dicembre 1884 commina la nullità del sequestro cui non segua la domanda di merito entro un termine brevissimo. Ne consegue che, per quanto oggetto specifico del giudizio dinanzi al Consiglio dei XII sia la competenza del Giudice sammarinese a conoscere del debito che ha occasionato il sequestro, non si può non convenire sul fatto che questo oggetto dipende strettamente dalla competenza di esso giudice a concedere il sequestro: se cade l'una non può non cadere anche l'altra.

**Si deve infatti evitare di perdere di vista che per quanto il sequestro costituisca un incidente preventivo al giudizio di merito e sia funzionale alla realizzazione d'un giudicato che si ritiene possa ragionevolmente prevedersi favorevole al creditore,**

**stante la situazione di pericolo in cui questi versa di veder svanire la garanzia che in generale i beni del debitore costituiscono in ordine agli adempimenti delle obbligazioni contratte, il procedimento di cui si tratta è pur sempre un procedimento speciale. La specialità sta proprio nella sua natura di incidente preventivo;** vale a dire sta in ciò che esso è predisposto dall'ordinamento appunto per tutelare situazioni soggettive il cui fondamento si presenta sufficientemente delineato e che si trovino in una situazione di pericolo: la rapidità e la snellezza ne dovrebbe costituire il connotato peculiare, proteso com'è a raggiungere una efficace tutela. **La specialità di tutto intero il procedimento** – che come subito si vedrà, va considerato come un'unità processuale inscindibile – **ha il fulcro nel sequestro, che diviene il verace atto introduttivo, intorno al quale ruota lo sviluppo logico del procedimento, anche se poi questo si incanala nell'alveo di un normale procedimento di cognizione.**

4. Il fondamento di tale intenso nesso funzionale – e della necessaria consequenzialità tra istanza di sequestro e domanda di accertamento del credito – non solo è in *re ipsa*, per effetto di una logica sostanziale e processuale di immediata evidenza, ma riposa in una precisa norma dell'ordinamento sammarinese, vale a dire l'art. 51 della citata *Legge procedurale sulle controversie innanzi il conciliatore*, del 10 dicembre 1884, che recita: <<*A responsabilità provvisoria dei beni mobili spettanti al debitore, e delle somme dovute al medesimo, sui quali è permesso il pignoramento*>>, che va posta in collegamento sistematico con i paragrafi 150ss. Dello *Statuto* (libro II rubrica 6) e con il successivo art. 53 della medesima legge del 1884, che impone, a pena di nullità del sequestro, l'immediata apertura, a cura della parte istante, ossia del creditore sequestrante, della procedura di conferma e di accertamento del credito.

L'esegesi di tale materiale normativo porta a concludere che **nell'ordinamento sammarinese il procedimento cautelare, nelle sue due fasi del sequestro conservativo e del successivo giudizio di conferma e di canonizzazione del credito, si configura come un procedimento speciale unitario, che si può attivare in presenza di una situazione di pericolo ravvisata dal creditore di vedersi sottratta o comunque di perdere la garanzia patrimoniale sulla persistenza della quale egli ha fatto affidamento nello svolgimento dell'attività negoziale intercorsa con il debitore.** A tale situazione di pericolo l'ordinamento sammarinese oppone sia alcuni principi fondamentali e di ordine pubblico, che si individueranno tra breve, sia conseguenti strumenti che non costituiscono prerogativa esclusiva dei cittadini della Repubblica.

**L'unitarietà di questo speciale procedimento deriva dal fatto che la pronuncia nel merito avviene nell'ambito di un procedimento avviato con la richiesta del provvedimento cautelare.** In seguito all'adozione del sequestro si costituisce una situazione tale che, qualora la pronuncia nel merito sia favorevole per il creditore, risulta già identificato il bene che costituirà oggetto di esecuzione forzata in caso di inadempimento del debitore condannato al giudicato. Il giudizio di merito, dunque, nel procedimento qui in questione, diviene giudizio di accertamento su un credito che per effetto del provvedimento cautelare di sequestro ha già assegnata una specifica garanzia: tale assegnazione è tanto efficace e tanto forte da comportare la sottrazione del bene sequestrato alla libera disponibilità del suo titolare.

Tutto ciò ci dà la più ampia sicurezza dell'unitarietà o, meglio, dell'identità del rapporto processuale che si instaura con la concessione del sequestro conservativo rispetto a quello che sussiste nella fase di merito: esso rapporto, inverò, continua nel segmento di

procedimento di conferma e canonizzazione del credito fino alla sentenza definitiva. L'identità del rapporto processuale che persiste dalla fase del sequestro a quella di merito risulta dalla identità dei suoi elementi costitutivi: identici sono i soggetti: il dott. Diamanti e la soc. Esse Tre (lasciando impregiudicata l'eccezione sollevata dalla soc. Fouillas che esorbita dal presente giudizio); identico è il titolo sulla base del quale si chiede il sequestro e sulla base del quale si chiede la sentenza di condanna: il credito derivante dalla prestazione professionale eseguita dal dott. Diamanti alla soc. Esse Tre; identico l'oggetto: la somma di £. 16.543.860 pretesa dal dott. Diamanti e al cui pagamento la soc. Esse Tre si è finora sottratta.

**Se dunque il giudice sammarinese è competente per il sequestro, non potrà non esserlo per il segmento di giudizio indirizzato alla conferma e all'accertamento del credito, ossia per quella parte del procedimento che gli è così strettamente funzionalmente connessa.**

**5. La facoltà di adire un giudice sammarinese per la tutela dei propri diritti è principio che la Repubblica riconosce a qualunque soggetto, indipendentemente dalla sua cittadinanza.** Ciò risulta con assoluta certezza dalla formulazione amplissima del primo comma dell'art. 15 della legge 8 luglio 1974 n.59 *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese*: <<E' garantita la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi davanti agli organi delle giurisdizioni ordinarie e amministrativa>>; in nulla questa garanzia risulta limitata ai soli cittadini sammarinesi. **Per cui si può concludere che è principio di ordine costituzionale della Repubblica garantire tale tutela a chiunque si rivolga legittimamente ai propri organi giudiziari.** Sarà l'ordinamento sammarinese a stabilire, tramite proprie sue norme interne o tramite la stipula di accordi internazionali, in quali casi prestare questa tutela giurisdizionale quando manchi il requisito della cittadinanza o della nazionalità dei soggetti litiganti, in quanto nei confronti di cittadini sammarinesi la giurisdizione dei giudici della Repubblica non può, per norma statutaria di rilevanza materialmente costituzionale, essere declinata. In tal senso deve pertanto essere applicato il citato art. 51 della legge 10 dicembre 1884 che si riferisce testualmente al <<creditore>> e non limita la propria efficacia al cittadino creditore. D'altronde questa disciplina è perfettamente coerente con il regolamento internazionale intervenuto tra la Repubblica di San Marino e quella Italiana, così come appare sancito nel primo comma dell'art. 11 della *Convenzione di amicizia e buon vicinato fra la Repubblica di San Marino e lo Stato italiano* del 31 marzo 1939: << I cittadini di ciascuno dei due Stati saranno ammessi a far valere i loro diritti e interessi avanti alle autorità giurisdizionali dell'altro Stato alle medesime condizioni alle quali ciò è consentito ai nazionali>>.

E' dunque fondato il diritto del dott. Diamanti di adire il giudice sammarinese per ottenere la tutela di un suo diritto soggettivo di credito: tale diritto è fondato purché venga esercitato in modo conforme all'ordinamento sammarinese.

Se ciò è vero ne consegue che è altrettanto vero che l'adizione del giudice sammarinese costituisce l'unica strada che il dott. Diamanti poteva percorrere per salvaguardare la garanzia patrimoniale del proprio credito atteso che uno dei beni – e non è indispensabile che questo sia l'unico bene di adeguato valore – del proprio debitore si trovi nel territorio della Repubblica: questa collocazione, che può essere occasionale, diviene particolarmente rilevante quando si possa sospettare che sia indirizzata appunto alla sottrazione del bene alla sua funzione di garanzia dell'effettività della responsabilità



patrimoniale di un debitore. Non si deve d'altro canto dimenticare che l'art. 51 della legge del 1884 limita l'operatività del sequestro ai beni mobili o a quelli pignorabili.

**E' infatti principio dell'ordinamento sammarinese, di tale rilevanza da potersi ritenere come principio di ordine pubblico, la salvaguardia dei diritti dei creditori per mezzo del patrimonio dei debitori;** questo principio è scolpito nell'art. 1 della *Legge ipotecaria* del 16 marzo 1854 che così recita: <<*Tutti i beni immobili e mobili si ritengono dalla presente Legge come naturalmente destinati a garantire l'adempimento delle obbligazioni legittimamente contratte dal debitore a favore dei di lui creditori*>>.

In un quadro concettuale così costituito deve considerarsi l'operatività del criterio del *locum rei sitae*. Non può, invero, revocarsi in dubbio che soltanto **all'ordinamento sammarinese compete un'attività su beni siti nel proprio territorio, a qualsiasi soggetto appartengano, purchè questa attività sia conforme al diritto in vigore**. Tanto più vale questo asserto quando si è in presenza di attività di intensità tale da sottrarre la libera disponibilità del bene al soggetto che ne è titolare. Non sarebbe compatibile con la stessa struttura della sovranità un criterio diverso, vale a dire, un criterio in base al quale da un canto questa attività possa essere svolta sul territorio della Repubblica da organi di un altro Stato e d'altro canto in base al quale sia sottratto alla Repubblica di San Marino il potere di compiere, per esempio, atti cautelari su beni di stranieri esistenti sul territorio quando questi atti siano conformi al diritto interno della Repubblica. Un criterio diverso renderebbe il territorio della Repubblica zona franca, ricettacolo di ogni tipo di dubbio affare. La struttura giurisdizionale dell'ordinamento, in ogni caso, improntata com'è al più grande rispetto dei diritti dei singoli, anche per l'esistenza di più di un grado di giurisdizione (v. il già citato art. 15 della *Dichiarazione dei diritti*, che è anche, vale la pena sottolinearlo qui, *dichiarazione dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese*), dà sufficiente assicurazione, per chiunque, delle maggiori garanzie di legalità formale e sostanziale nella tenuta dall'azione dell'Autorità giudiziaria.

6. Questo ordine concettuale che si atteggia inevitabilmente a sistema, ha trovato riconoscimento e applicazione costante nella giurisprudenza sammarinese, del resto evocata nella memoria di parte attrice: cf. decisione del Consiglio dei XII del 22 maggio 1937 [!], sig. Marino Guidi contro sig.ra Rosa Bianchi, causa n.70 del 1938, *G.S. dal 1937 al 1961*, gennaio-aprile 1963, n.2, p.5, che riconosce definitivamente il principio, secondo il quale <<*Solo l'autorità giudiziaria sammarinese è competente a concedere sequestri su cose situate su questo territorio e <a> confermarli*>>. A questa, si aggiungerà la pronuncia del Consiglio dei XII del 18 giugno 1962: sig. Mattia Bastianelli contro Ente Morale Province Romane dell'Ordine dei Servi di Maria, causa n.327 del 1961 (*G.S. dal 1962 al 1969*, a. 1965, n.1, p.5 n.2).

Il fondamento di questo principio non solo procede dai motivi di ordine generale sopra posti in evidenza, motivi che, come si è detto, attengono alla struttura stessa della sovranità, ma risiede nello stesso *ius commune*. Lo si enuclea argomentando da D. 2, 8, 7, 1 e s. che sancisce la necessità di ricercare la *satisfatio in iudicio sisti* – istituto che presenta indubbi tratti di analogia con il sequestro conservativo, che, in quanto tale e attesa la diversa struttura del processo nell'esperienza di diritto romano, non sembra conosciuto a quel diritto - <<*in alia eiusdem provinciae civitate*>>; da ciò si ricava, per *argumentum a contrario*, che qualora questo fine non sia perseguibile, perché non si trova nella *civitas eiusdem provinciae* chi sia disposto a prestarla, la *satisfatio necessaria* andrà ricercata presso il giudice competente per territorio nel luogo dove

questa sia praticabile. E poiché questa può essere sostituita, secondo il successivo paragrafo e secondo l'argomento che si desume da D. 37, 6, 1, 9, con il deposito *apud officium* di una *res mobilis*, quando la *persona suspecta sit*, oppure con *pignora*, è indubbio che se ne ricava il principio della perseguibilità del soggetto nel luogo ove la *res* da pignorare o da depositare coattivamente si trova collocata. Cf. del resto VOEGT, a D. 2, 8, n.7. I provvedimenti cautelari a carico del debitore, che erano sempre restrittivi della sua libertà personale e sono ora fortemente limitativi della disponibilità di propri beni, per poter essere efficacemente adottati, debbono essere necessariamente richiesti ad un giudice che abbia *iurisdictio* sulla persona o sui beni di esso debitore.

Se ne può concludere che correttamente, sotto il profilo della competenza territoriale del giudice sammarinese, il dott. Diamanti ha richiesto e ottenuto il sequestro dell'autovettura in questione contro la soc. Esse Tre, rimanendo impregiudicata ogni altra questione inerente alla effettiva proprietà di esso bene e all'opponibilità al medesimo dott. Diamanti dell'alienazione a terzi del medesimo bene.

7. Una volta accertato il fondamento della competenza territoriale internazionale dell'Autorità giudiziaria sammarinese in ordine al sequestro contro la soc. Esse Tre ne risulta immediatamente e consequenzialmente accertata la competenza per il connesso giudizio di accertamento del credito data l'unitarietà del procedimento sopra dimostrata.

Anche questa competenza, infatti, va ricercata sulla base delle norme di diritto interno della Repubblica. Ma queste norme sono proprio quelle che attribuiscono all'attore sequestrante l'onere dell'introduzione del giudizio di merito in una con quello di conferma del sequestro, una volta ottenutolo.

La norma in questione è quella contenuta nella legge del 1884 sul Conciliatore e in particolare l'art. 53 che si è già sopra illustrato. Una tale disciplina, del resto, ancora una volta è in perfetta coerenza con l'art. 11, primo comma della citata Convenzione italo-sammarinese del 1939.

La giurisprudenza sammarinese in tal senso è costante, come è stato messo nella debita evidenza nella memoria di parte attrice: cf. la già citata decisione del Consiglio dei XII del 22 maggio 1937 cui va aggiunta la sentenza del Commissario della Legge del 16 gennaio 1953: sig. Carlo Mantovanelli contro sig. Sebastiano Lancioli; causa n.203 del 1951 (G.S., 1963, n.2, p.293 n.287).

8. Alla medesima conclusione si perviene sulla base del più volte evocato primo comma dell'art. 11 della Convenzione italo-sammarinese del 31 marzo 1939. Questa norma fonda la **facoltà di un cittadino italiano – e reciprocamente di un cittadino sammarinese – a far valere dinanzi al giudice sammarinese – e reciprocamente davanti ad un giudice italiano – la tutela di un proprio diritto utilizzando degli stessi strumenti che l'ordinamento sammarinese – e reciprocamente l'ordinamento italiano – pone a disposizione dei propri cittadini.**

Questa norma costituisce un'ulteriore deroga al principio del *forum rei*, che si aggiunge alle altre sopra richiamate. La facoltà che deriva dalla disciplina pattizia sembra improntata alla più ampia disponibilità e dunque il suo esercizio sembra essere fondato sull'effettività dell'interesse che un cittadino italiano ritenga di avere a perseguire, innanzi all'Autorità giudiziaria sammarinese e con i mezzi giurisdizionali dell'ordinamento sammarinese, anche un suo concittadino: tale effettività, nel momento in cui fonda la facoltà del cittadino italiano sopra descritta, ne subordina rigorosamente anche l'esercizio. Essa, infatti, va collocata nei rispettivi sistemi processuali in quanto la sua funzione non è certamente quella di sovvertire il principio del giudice naturale, ma

soltanto di derogarvi quando concorrano alcune specifiche condizioni. E' fuor di dubbio che questo interesse è effettivo ed attuale in casi come quello in questione, in cui un soggetto veda collocato in territorio sammarinese un bene che concorre al mantenimento della garanzia patrimoniale d'un credito che egli vanti nei confronti di un suo debitore. Poiché la pronuncia di merito che sia favorevole al creditore sequestrante, cui eventualmente non segua l'adempimento, troverà immediata realizzazione sul bene sequestrato, non potrà darsi luogo ad alcuna impropria ultrattività dell'esecutorietà del giudicato sammarinese in altri ordinamenti diversi da quello della Repubblica.

In base al citato primo comma dell'art. 11 di detta convenzione, dunque, il dott. Diamanti è abilitato a porre in essere la procedura dell'ordinamento sammarinese introdotta dall'istanza di sequestro, concorrendo lo stato di pericolo nella realizzazione del credito, procedura che necessariamente sfocia e si completa con la domanda di merito, ossia con la domanda di conferma del provvedimento cautelare conservativo e di accertamento del credito. Questa procedura integra una delle medesime condizioni alle quali è consentito ai nazionali – ossia ai cittadini sammarinesi – di far valere le proprie pretese in presenza di comportamenti debitori che possano creare uno stato di pericolo circa la conservazione delle garanzie patrimoniali.

Del resto il giudizio di conferma del sequestro e di accertamento del credito costituisce un giusto contrappeso al provvedimento coercitivo cautelare a garanzia dello stesso debitore, il quale, vedendosi sottratta la disponibilità di un proprio bene, può contare su di una rapida definizione del merito evitando che la situazione di indisponibilità si protragga indefinitamente.

Quando si ponga mente alla circostanza che la procedura sammarinese di cui si discute è analoga alla procedura italiana disciplinata dagli artt. 671, 672 e 680 del c.p.c. si dovrà convenire sulla perfetta aderenza della norma pattizia ad un criterio comune ai due Stati di tutela dei diritti.

## 5.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Umberto Santarelli), 7 maggio 1993.

Casali Enry (Avv. L. Baciocchi) : Franceschini Dino e S.p.a. Compagnia di Assicurazioni Lloyd Adriatico (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 155, anno 1992.

### **Competenza “Locus commissi delicti”.**

*L'autorità giudiziaria sammarinese è competente a conoscere di una “actio legis Aquiliae” quando il convenuto, ancorché cittadino straniero, sia residente nel territorio della Repubblica; ovvero quando il fatto illecito che ha generato l'obbligazione al risarcimento del danno sia stato compiuto, o comunque sia avvenuto, nel territorio della Repubblica.*

---

FATTO

Con atto depositato nella Cancelleria del Tribunale Commissariale il 22 luglio 1992 il signor Enry Casali, rappresentato e difeso dall'avv. Livio Bacciocchi, chiedeva la citazione in giudizio del signor Dino Franceschini, cittadino italiano residente in Sansepolcro, e della Compagnia di assicurazioni Lloyd Adriatico della quale veniva indicata come sede l'agenzia sammarinese di Borgo Maggiore. Il signor Casali chiedeva (e chiede) di esser risarcito dai due Convenuti – in solido tra loro – di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, da lui sofferti in conseguenza di un incidente stradale occorso il giorno 1° aprile 1990.

Nell'atto costitutivo del giudizio non v'è menzione del luogo nel quale l'incidente stradale è accaduto, ma da uno dei documenti allegati dalla Procura della stessa Parte attrice – la relazione medico-legale del dott. De Bellis – risulta (ed è perciò legalmente provato in giudizio) che esso accadde a Rimini.

Sono dunque pacifiche due circostanze di fatto: a) che il Convenuto è un cittadino italiano residente non nella Repubblica di San Marino ma in Italia, b) che il fatto (incidente stradale) sul quale l'Attore pretende di fondare la propria azione è avvenuto non nella Repubblica di San Marino ma in Italia.

Costituendosi in giudizio il 17 settembre 1992, entrambe le Parti convenute, a ministero del loro comune Difensore avv. Berti, eccepirono il difetto di giurisdizione (o incompetenza giudiziaria internazionale) del Tribunale Commissariale della Repubblica di San Marino, in quanto che il Convenuto Dino Franceschini è cittadino italiano residente in Italia ed il sinistro *de quo* è avvenuto in Italia, sicchè le obbligazioni da esso derivanti vanno soggette alla legge del luogo (e cioè alla legge italiana).

Sulla base di questa eccezione, S.S. il Commissario della Legge, il giorno 21 settembre 1992, accordava il termine per dire dedurre e concludere in ordine alla sollevata eccezione, si riservava la trasmissione degli atti all'Eccellentissimo Consiglio dei XII, contemporaneamente disponendo la notificazione dell'eccezione e del proprio decreto alla Procura della Parte attrice.

In data 8 ottobre 1992 la Procura delle Parti convenute produceva in atti copia (invero informe e largamente incompleta) dell'atto di citazione col quale l'Istituto per la Sicurezza Sociale della Repubblica di San Marino ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Rimini il signor Dino Franceschini residente in Sansepolcro (Arezzo) ed il Lloyd Adriatico nella sua sede legale di Trieste. Quest'ultima produzione veniva ammessa da S.S. il Commissario della Legge il 12 ottobre 1992.

In data 7 dicembre 1992 veniva disposta la trasmissione degli atti all'Eccellentissimo Consiglio dei XII, il quale provvedeva alla nomina del sottoscritto quale consulente a cui, previo il compimento degli incombeni di legge, venivano trasmessi gli atti per la redazione del parere.

## DIRITTO

Sul piano processuale non v'è dubbio che l'eccezione di incompetenza internazionale (difetto di giurisdizione) dell'Autorità giudiziaria sammarinese sia stata correttamente proposta *in limine litis* dalla Procura delle Parti convenute secondo quanto dispone la rub. VI del libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* e che ugualmente *in limine litis* essa debba esser decisa dall'Eccellentissimo Consiglio dei XII.

Per quanto attiene al merito dell'eccezione proposta è anzitutto da rammentare che, **a tenore del diritto comune, la competenza del giudice può esser oggetto di preventiva**

**pattuizione tra le Parti, le quali hanno facoltà di derogarla convenzionalmente** (l. *Si se subiciant*, ff. *De iudiciis* = D. 5. 1. 1.; e vedi – con specifico riferimento ad ordinamenti statutari – VIVIANUS, *Casus ad h.1.*, GLOSSA ORDINARIA, glo. *Et consentiant ad h.1.*, BARTOLUS A SAXOFERRATO, ad h.1., *per totum*).

**Ove nessuna deroga convenzionale sia preventivamente intervenuta, i due canoni oggettivi generali che il Diritto comune prevede per individuare il giudice competente alla decisione di una controversia sono quello – soggettivo – del domicilio del convenuto e quello – oggettivo – del luogo in cui è sorta l'obbligazione dedotta in giudizio.**

**Il primo di questi canoni – che tradizionalmente si enuncia con la *regula communis* secondo la quale *actor sequitur forum rei* (Sabelli, *Summa diversorum tractatum*, vol. I, paragr. XI, n.4) – rappresenta un principio di ovvia giustizia processuale, in quanto mira ad evitare abusi palesemente vessatori (Dom. TUSCHUS, *Pract. Concl. Iuris*, litt. A, concl: 122). Ad esso è da riconoscere natura di *clausola normativa generale, generalmente valida* ove non debbano trovare applicazione diverse più specifiche norme, che in questa materia – una volta abolito l'antico sistema dei *privilegia fori* (tipico e notissimo quello a favore dei chierici) – non sembrano poter più sussistere.**

**Criterio generale oggettivo per determinare giurisdizione e competenza del giudice adito è quello che tradizionalmente suol definirsi del *locus contractae obligationis*, e che le *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* hanno formulato assegnando ai Giudici della Repubblica il potere di conoscere le azioni promosse contro i forestieri “*qui in dicta terra (Sancti Marini) (...) contraxerint vel quasi*” (lib. II, rub. I). Il riferimento alle due categorie del *contractus* e del *quasi-contractus* manifestamente significano che i Giudici della Repubblica hanno competenza a giudicare tutti i rapporti obbligatori, contrattuali ed extracontrattuali, nei quali sia parte un forestiero alla sola ed essenziale condizione che l'obbligazione sia sorta nel territorio della Repubblica di San Marino, e cioè che lì sia stato stipulato il contratto o sia avvenuto il fatto da cui è sorta l'obbligazione della quale viene chiesto l'accertamento giudiziale. Ed è certo che, nel caso di esercizio dell'azione di responsabilità per fatto illecito – quella che la tradizione di *ius commune* definisce romanisticamente *actio legis Aquiliae* – la giurisdizione- competenza del Giudice sammarinese si potrà determinare sulla base del luogo nel quale è avvenuto il fatto illecito dedotto a fondamento della domanda.**

La giurisprudenza dell'Eccellentissimo Consiglio dei XII è in questo senso assolutamente univoca e costante. Basterà citare soltanto, tra le più recenti, la elegante e dottissima decisione del 16 aprile 1976, consulente il prof. Giovanni Gualandi, (Liquorificio di San Marino – Snc Distilleria Cima da Conegliano, causa n.79/1975, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1970-1980, pp.68 ss.), nella quale fu accertata la competenza dell'Autorità giudiziaria sammarinese per un giudizio nel quale si controverteva di fatti di concorrenza sleale che si assumevano avvenuti nel territorio della Repubblica.

In sintesi, dunque, l'Autorità giudiziaria sammarinese è competente a conoscere di un'*actio legis Aquiliae* quando il convenuto, ancorchè cittadino straniero, sia residente nella Repubblica di San Marino; ovvero quando il fatto illecito che ha generato l'obbligazione al risarcimento del danno sia stato compiuto, o comunque sia avvenuto, nel territorio della Repubblica.

## 6.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Victor Crescenzi), 30 novembre 1993, delibera n. 47.

S.A.T.S. – Produzione Sammarinese Audiovisivi (Avv. G. Burgagni) : Società Oriental Imex B.X.B.A. (Avv. L. Bacciocchi) : Società Beaumark Enterprises LTD (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 111, anno 1992.

**Accettazione della giurisdizione – Eccezione declinatoria – Preclusione dell'eccezione.**

*Il convenuto che mostri di consentire a essere giudicato dal giudice adito dall'attore non può, contemporaneamente, eccepirne la giurisdizione territoriale internazionale.*

*Rivolgere dunque al giudice adito eccezioni conoscibili da un giudice dotato di giurisdizione integra un comportamento concludente, che dimostra consentimento ed accettazione della giurisdizione stessa.*

*La contraddizione tra questo comportamento concludente e l'eccezione declinatoria è considerata dall'ordinamento come irrimediabilmente preclusiva dell'eccezione medesima, che deve essere proposta "antequam quiequam actum fuerit".*

---

**FATTO E DIRITTO**

1. Con unitario atto di citazione del 21 maggio 1992, depositato nella Cancelleria del Tribunale Commissariale civile e penale il successivo 27 maggio, la S.A. TS – Produzione Sammarinese Audiovisivi conveniva le società Oriental Imex B.X.B.A. e Beaumark Enterprises: a) nei confronti della prima pretendendo il risarcimento dei danni in ordine ad una fornitura di video cassette che essa soc. Oriental avrebbe eseguito con merci avariate; b) nei confronti della seconda, pretendendo parimenti il risarcimento dei danni in ordine ad una fornitura di video cassette che non sarebbe stata eseguita dalla medesima Beaumark nel termine pattuito. Con la stessa istanza la medesima S.A. TS chiedeva che venisse dissequestrata una somma di danaro di cui essa S.A. TS era sequestrataria in favore della convenuta soc. Oriental Imex B.X.B.A. nell'ambito della causa civile n.11 del 1992, al fine di operare, a rischio e pericolo dell'istante, per la somma di \$ USA 124.000, un sequestro cautelare contro la convenuta soc. Oriental Imex B.X.B.A. e a favore della istante S.A. TS. A giustificazione delle proprie richieste la S.A. TS produceva, in allegato alla citazione, documenti a sostegno delle due domande, vale a dire: 1) una lettera del 21.XII.1991 della ditta Genoaexpress, relativa alla contestazione del danno sulla fornitura della soc. Oriental Imex B.X.B.A.; 2) una lettera datata 23.XII.1991 con la quale la istante S.A. TS contestava allo spedizioniere il danno al container destinato al trasporto della merce poi risultata avariata; 3) una lettera con la quale la S.A. TS contestava alla Oriental Imex B.X.B.A. l'avvenuta fornitura avariata; 4) un telegramma datato 28.IV.1992 alla soc. Beaumark di contestazione della mancata consegna delle merci ordinate e di comunicazione dell'annullamento della lettera di

credito che era stata aperta presso la Cassa di Risparmio di San Marino per il pagamento della fornitura; 5) una lettera del 6.V.1992 con la quale la S.A. TS richiedeva alla Cassa di Risparmio di San Marino l'annullamento della lettera di credito disposta in favore della Beaumark.

S.S. il Commissario della Legge, con decreto del 5 giugno 1992, oltre ad autorizzare la citazione delle due società convenute, autorizzava, a rischio e pericolo della parte istante, il sequestro della somma di \$ USA 124.000 dovuta dalla attrice alla convenuta nominando il sig. Gastone Gualandi, amministratore delegato della S.A. TS custode della somma sequestrata e fissava l'udienza di giovedì 10 settembre 1992 per la convalida del sequestro. Il sequestro veniva eseguito l'8.VI.1992.

Il 10 settembre 1992 si costituiva in atti la soc. Beaumark Enterprises Ltd eccependo:

- a) la nullità della citazione, essendo la sede della società convenuta in Irlanda e non in Belgio;
- b) l'inesistenza di connessioni tra essa Beaumark e la Oriental Imex B.X.B.A. e dunque la necessità della separazione dei due procedimenti;
- c) l'irrelevanza nei propri confronti del sequestro operato dalla S.A. TS contro la Oriental Imex B.X.B.A., terza rispetto ai rapporti eventualmente intercorrenti tra la medesima S.A. TS ed essa Beaumark;
- d) il difetto di giurisdizione territoriale internazionale del Tribunale Commissariale per carenza di elementi di collegamento.

Compiuti gli atti di rito in ordine al sequestro, la sollevata eccezione di difetto di giurisdizione territoriale internazionale da parte della convenuta Beaumark conduceva al decreto commissariale del 19.X.1992 con la quale S.S. il Commissario della Legge accordava, tra l'altro, il termine statutario alle parti per concludere in merito alla eccezione con la riserva, una volta trascorso il termine, di rimettere il fascicolo all'Ecc.mo Consiglio dei XII ai sensi dell'art. 2, n.3 della legge n.13 del 1923 per la decisione sulla sollevata eccezione e disponendo la notifica del medesimo decreto e dell'istanza relativa a tutte le procure costituite.

In effetti, trascorso il termine concesso, con successiva ordinanza del 3.XII.1992 il Commissario della Legge rimetteva gli atti al Consiglio dei XII che con propria delibera del 14 gennaio 1993 n.4594 mi nominava consulente ai sensi degli artt. 2 e 6 della citata legge 5 giugno 1923 n.13. Il 30 settembre 1993 mi venivano trasmessi gli atti della causa.

2. In atti risultano depositate le memorie conclusionali sia di parte attrice, sia della convenuta Oriental Imex B.X.B.A., sia della convenuta Beaumark.

Rileva la S.A. TS che la competenza del Tribunale Commissariale nella causa in esame riposerebbe su di un dato di fatto: la collocazione sul territorio sammarinese dei beni mobili, ossia della somma di danaro della quale è stato richiesto il sequestro. A tal fine parte attrice allega la costante giurisprudenza dell'Ecc.mo Consiglio, cui mi onoro di porgere questo parere, costituitasi in proposito, vale a dire le pronunce del 22.V.1937 in causa n.70 del 1938 (*Giurisprudenza Sammarinese* a. 1963, p. 5, n.2, *cons.* Ramoino); del 18.VI.1962, in causa n.327 dell'a. 1961 (*Giurisprudenza Sammarinese* a. 1965, p. 5, n.2, *cons.* De Mari). A queste, parte attrice aggiunge la sentenza commissariale del 16.I.1953 in causa n.203 del 1951 (*Giurisprudenza Sammarinese* a. 1963, p.293).

Inoltre, rileva parte attrice che la sollevata eccezione di difetto di giurisdizione sarebbe inammissibile poiché non sollevata ritualmente *in limine litis*. Secondo l'articolata argomentazione di parte attrice, la Beaumark avrebbe <<sollevato eccezioni sulla

*manca di qualsiasi rapporto fra le posizioni delle società convenute sostenendo inoltre l'inesistenza di qualsiasi ragione di collegamento che giustifichi l'unione delle due vertenze in un'unica causa>>*; in aggiunta a ciò, parte attrice sostiene, nella propria memoria conclusionale, che la convenuta Beaumark avrebbe *<<eccepito la mancanza di qualsiasi elemento di diritto e di fatto che giustifichi sul piano formale il richiesto e concesso sequestro>>*. Di conseguenza, conclude la S.A. TS, la Beaumark si sarebbe preclusa la possibilità di sollevare un'eccezione quale quella di difetto di giurisdizione che, in quanto negatoria appunto della giurisdizione del giudice sammarinese, è incompatibile con ogni altra argomentazione che, in un modo e nell'altro, la riconosca: *<<chi innanzi un magistrato si difende nel merito, impugna cioè in qualche modo la domanda attrice>>* argomenta la S.A. TS, *<<mette in atto una volontà contraria e quella declinatoria del foro>>*; in conclusione la struttura della comparsa di risposta di parte convenuta Beaumark sarebbe tale che essa comporterebbe *<<il riconoscimento della giurisdizione del Magistrato adito, rinunciando tacitamente ad impugnarla>>*. L'autorità sulla quale si appoggia la tesi di parte attrice consiste nella pronuncia del Consiglio Grande e Generale del 19 ottobre 1915 in causa n.66 dell'anno 1914 (*Giur. Samm. Aa. 1911-1929, p.4ss., cons. Chericì*).

A questa linea di difesa si ispira la convenuta soc. Oriental Imex B.X.B.A.

Per suo verso, la Beaumark, nella memoria allegata, articola la propria argomentazione mettendo in primo luogo in evidenza la rispettiva autonomia dei rapporti commerciali intrattenuti dalla S.A. TS con le due società convenute. In secondo luogo la convenuta passa all'esposizione dei principi che reggono nell'ordinamento sammarinese la materia della giurisdizione internazionale, con ampia allegazione di dottrina e giurisprudenza. Successivamente espone la propria tesi in ordine alla insussistenza di un criterio di collegamento tra essa convenuta e il foro della Repubblica. Infine la Beaumark passa a dimostrare come la separazione delle posizioni delle due convenute implichi l'irrelevanza del sequestro nei propri confronti. La conseguenza di ciò sarebbe l'impossibilità di considerare esso sequestro come il cardine su cui far ruotare la giurisdizione sammarinese anche nei riguardi della medesima Beaumark.

3. La questione della ammissibilità dell'eccezione declinatoria della giurisdizione si presenta come questione pregiudiziale.

L'esame di tale questione, peraltro, deve essere incentrata sull'analisi della comparsa di risposta e di costituzione in giudizio della Beaumark, che costituisce il cardine del contegno processuale di tale convenuta così come risulta da un suo atto formale.

La comparsa del 10 settembre 1992, invero, contiene la costituzione in giudizio ed esordisce con due eccezioni: l'eccezione di nullità della citazione e quella della sua infondatezza. Subito dopo, tale comparsa procede ad illustrare e ad argomentare in ordine a tale eccezioni, rilevando come la convenuta non abbia sede in Belgio bensì in Irlanda; successivamente essa convenuta passa ad eccepire l'inesistenza di rapporti di connessione con la soc. Oriental Imex B.X.B.A.; recita la comparsa: *<<Non sussiste alcun rapporto fra le posizioni delle società convenute nei confronti della S.A. TS, per cui non sussiste alcuna ragione di collegamento che giustifichi l'unione delle due vertenze in un'unica causa. Si rende pertanto indispensabile procedere separatamente e quindi si chiede la separazione dei giudizi>>*. Dopo aver sostenuto e argomentato in ordine alla richiesta di sequestro, che, in quanto rivolto contro un credito dell'altra convenuta, sembra del tutto irrilevante nei confronti della Beaumark, così conclude la comparsa in questione: *<<Si chiede: disporre la separazione dei giudizi; revocare il*



*sequestro conservativo ovvero specificare che esso non è stato effettuato a garanzia del preteso credito della S.A. TS nei confronti della Beaumark. Si eccepisce difetto di giurisdizione territoriale del Tribunale sammarinese, non soccorrendo nell'ipotesi alcuno dei criteri necessari per radicare validamente il giudizio. Con riserva nel merito [...]*>>.

Con ciò che risulta dall'esame di un tale atto è che la Beaumark ha rivolto al giudice adito dalla società attrice una serie di questioni che ne presuppongono oggettivamente la competenza. La separazione dei giudizi, ossia l'esame delle due domande contenute nell'atto di citazione unitario, e l'estromissione dal procedimento di sequestro – ammesso che ce ne fosse bisogno – possono essere disposte soltanto da un giudice competente: averla richiesta al Commissario della Legge sammarinese significa, senza remissione, averne accertato la giurisdizione, in quanto, al contrario, sarebbe chiesta inutilmente. Analogo discorso si deve fare per l'eccezione di nullità della citazione.

Non bisogna dimenticare che **l'eccezione declinatoria del foro ha struttura tutta funzionale alla tutela della parte convenuta che ne abbia interesse: infatti la giurisdizione internazionale dell'Autorità Giudiziaria sammarinese è derogabile, se a tale deroga consenta la parte convenuta. Complementare a tale tutela è il superiore interesse di ordine processuale – che trascolora in interesse di ordine pubblico – a che la questione relativa venga discussa e decisa irrevocabilmente prima di procedere all'esame della causa, sia nei suoi aspetti processuali, sia in quelli di vero e proprio merito. E' interesse di tutte le parti in causa stabilire, prima di procedere all'esame di ogni altra questione, alternativamente: a) se il giudice adito abbia giurisdizione sul *reus* avuto riguardo al rispetto del principio della soggezione al giudice naturale; ovvero b) se il *reus* non trovi conforme al proprio interesse consentire alla giurisdizione del giudice adito. Tutto ciò si formalizza in un onere imposto alla parte, per il cui esclusivo interesse l'eccezione declinatoria del foro ha diritto di cittadinanza nel sistema di *ius commune* e dunque nel diritto sammarinese, di sollevare tale eccezione in modo rigorosamente conforme al rito** (che vuole che tale eccezione sia posta letteralmente *in limine litis*, poiché essa preclude al giudicante adito ogni qualsiasi delibazione della lite, sia nei suoi aspetti processuali che in quelli di merito), ossia in modo conforme ai generali interessi di giustizia, così come trovano forma nelle norme di rito. Sicchè, **una volta che il convenuto mostri di consentire ad essere giudicato dal giudice adito non può, contemporaneamente ecceperne la giurisdizione territoriale internazionale.** Rivolgere, dunque, al giudice adito eccezioni conoscibili da un giudice dotato di giurisdizione integra un comportamento concludente nel senso di quel consentimento, al quale mi riferisco: la contraddizione tra questo comportamento concludente e un'eccezione declinatoria è considerata dall'ordinamento come irrimediabilmente preclusiva della medesima eccezione declinatoria, in quanto esiste un superiore interesse generale alla speditezza dei giudizi.

E' questo il senso della norma contenuta nel *Corpus iuris civilis*, dalla quale trae fondamento sia l'eccezione stessa declinatoria del foro, sia, correlativamente, il principio della preclusione della medesima eccezione declinatoria quando oltrepassi il *limen litis*: si tratta di C. 8. 35. 13, che recita: <<*Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas*>>. Su tale norma, oltrechè sull'argomento che si ricava da C. 8, 35, 12, è costruita la giurisprudenza di *ius commune*, che su tale punto è assolutamente univoca. Valga per tutti, l'opinione del Voet, *Commentarius ad*

*Pandectas* [D. 5, 1], n.64: <<Considerandum enim non nisi in exordio litis opponi posse declinatoriam fori exceptionem, antequam quicquam actum fuerit, atu publice dictatum, arg. leg. penult. et ult. de exceptionibus sive praescriptionibus [C. 8, 35, 12 e 13]. Nam etsi verum sit reum cavendo de sistendo, quoties secundum ius hodiernum arresto detentus est, sibi non preiudicare, quominus forum adhuc declinet; tamen sibi nocet, si vel exceptionem aliam dilatoriam opposuerit, vel ab adversario exegerit cautionem; cum ita videatur in iudicem consensisse, ut latius dixi tit. de iurisdictione num. 21, 22.>>, con rinvio al commento del medesimo Voet a D. 2, 1 n.22: <<Plane, si reus ipse vocatus, cautionem ab actore vocante exigit, aut ad respondendum dilationem, eo ipso iudicem videri agnitus aut competentem, ac fori declinandi viam deinceps preclusam esse, cautum est [...]. Idemque obtinet, si extra fori declinatoriam reus alias dilatorie fori locus est [...]>>.

L'applicazione al caso in specie di quest'ultima considerazione del Voet porta a concludere che l'eccezione declinatoria della giurisdizione internazionale dell'Autorità Giudiziaria sammarinese proposta dalla Beaumark è inammissibile in quanto preclusa dalle altre eccezioni che la medesima Beaumark ha contestualmente sollevato, addirittura prima ancora di opporre l'eccezione declinatoria del foro: essa, per usare le parole del Voet, deve essere proposta *antequam quicquam actum fuerit*. E' vero, infatti, che il sequestro, qualora effettivamente non esistano elementi di connessione tra la domanda esperita nei confronti della Oriental e quella esperita nei confronti della Beaumark, in nulla potrebbe giovare alla parte attrice con riguardo alla posizione che questa vanta verso la Beaumark e che comunque esso sequestro potrebbe rivelarsi, in corso di causa, del tutto irrilevante nei confronti di quest'ultima; ma è altresì vero che il Consiglio dei XII, in questa sede, è chiamato a conoscere esclusivamente della eccezione declinatoria di competenza internazionale ed esclusivamente su tale questione a pronunciarsi: non dunque sulla connessione tra le due domande e sulla domanda di sequestro ovvero sulla sua rilevanza ed efficacia nei confronti di tutti i convenuti, questioni tutte che, comunque, rispetto alla questione che l'Ecc.mo Consiglio qui conosce, presentano tratti di spiccata autonomia.

Proprio nei confronti di tale autonoma questione la comparsa di parte convenuta si presenta come internamente contraddittoria. L'eccezione declinatoria, infatti, trova collocazione solo alla chiusura di essa comparsa e non *antequam quicquam actum fuerit*, per riprendere il pensiero del Voet, quasi in posizione subordinata rispetto alle eccezioni sulla nullità della citazione, sulla rilevanza del sequestro e sulla separazione dei giudizi, delle quali ho ampiamente discusso sin qui. Tale contraddittorietà si risolve in notevole inammissibile incertezza ai fini della determinazione del contegno processuale della Beaumark in ordine al problema della giurisdizione del Tribunale sammarinese. Al principio attinto dal passo del Voet sopra riportato – sintetizzabile nel già citato enunciato: <<*antequam quicquam actum fuerit*>> - sembra essersi ispirata la pronuncia di codesto Ecc.mo Consiglio in causa n.334 dell'anno 1981, *cons.* Peruzzi (Giovanni Della Valle c. Corrado Mignani e c. Ditta Lamp Color).

L'eccezione declinatoria del foro, infatti, ha natura tutt'affatto diversa da quella delle altre eccezioni, anche di natura procedurale, che pure la Beaumark ha sollevato *in limine litis*: essa postula che il giudice adito non ha alcun titolo, in base alle norme in vigore nell'ordinamento di cui si tratta – qui dell'ordinamento sammarinese – per giudicare sulla lite introdotta con la domanda proposta. Essa è, in una parola, pregiudiziale in

senso proprio al costituirsi del rapporto processuale in ordine ad una lite determinata; per questo deve essere proposta in modo incontrovertibile prima di ogni altra eccezione.

Sicchè non è possibile applicare alla Beaumark il criterio pur seguito nel caso di cui alla pronuncia del Consiglio del XII del 26 febbraio 1969 in causa n.161 dell'anno 1967 *cons.* Casadei Monti (Roveggio Olao c. Paccagnella Celso e c. S.n.c. Omnia Therapeutica Veneta), in *Giurisprudenza Sammarinese 1964-1969*, n.4, p.45ss., criterio che ha portato a considerare ammissibile e non tardiva l'eccezione declinatoria presentata in un unico atto contenente in via subordinata un'eccezione relativa all'esistenza di un precedente giudicato reso da altro Tribunale sul medesimo oggetto (p.47). In questo caso, la circostanza che il convenuto avesse dapprima richiesto i termini a difesa e poi avesse sollevato l'eccezione declinatoria del foro contestualmente ad un'eccezione perentoria, non creava una preclusione poiché tale eccezione perentoria aveva una chiara natura di eccezione subordinata, da valere soltanto se la prima eccezione, quella che impedisce il radicarsi del rapporto processuale con il giudice adito, fosse stata rigettata. La dichiarata funzione subordinata dell'*exceptio rei iudicatae* nel precedente in questione esclude che la contestualità si risolva in logica contemporaneità e dunque in processuale preclusione. Sicchè l'eccezione declinatoria può assolvere alla sua propria natura pregiudiziale.

La sussistenza della giurisdizione sammarinese nei confronti della Beaumark, infatti, in nulla dipende dalla struttura che parte attrice ha impresso all'atto di citazione e non è subordinata alla questione della separazione delle due domande, ma poteva essere sollevata autonomamente e può essere validamente decisa altrettanto autonomamente in quanto irrilevante risulta, per la posizione processuale della Beaumark, con riguardo alla giurisdizione internazionale e dunque alla competenza del foro sammarinese, un sequestro richiesto ed attuato a carico di un'altra convenuta. La inclusione di più domande in un unico atto non è infatti di per sé rilevante ai fini della competenza, quest'ultima, semmai, dipendendo dalla connessione di più cause.

La Beaumark, nel costituirsi in giudizio, dunque, avrebbe dovuto *in limine litis* – ossia proprio all'esordio della lite: *antequam quicquid actum fuerit* – sollevare l'eccezione declinatoria nei propri confronti, senza collegarla ad eccezioni, alcune delle quale pur non essendo di merito – qual è quella sulla nullità della citazione – presuppongono già definita positivamente la questione della competenza del giudice sammarinese, in quanto esse sono eccezioni che possono essere risolte solo dal giudice del merito, ossia da un giudice che tutte le parti considerano come competente, avuto riguardo alle norme in vigore nell'ordinamento sammarinese.

Viceversa la contraddittorietà della posizione della Beaumark prosegue nella stessa memoria conclusionale, nella quale si argomenta ampiamente in ordine alla separazione dei giudizi, quasi che la questione della connessione sia collegata in questa causa n.111 del 1992 a quella della giurisdizione. In realtà, come ho già rilevato sopra, l'autonomia logica e processuale delle due questioni risulta in modo evidente e se è pur vero che se la Beaumark avesse conseguito una favorevole pronuncia in ordine alla eccezione declinatoria del foro i due giudizi si sarebbero per ciò stesso separati; è anche vero che per decidere sulla giurisdizione sammarinese nei confronti della Beaumark non sarebbe stato necessario pronunciarsi sulla sussistenza o meno della connessione tra le due cause, visto che parte attrice non ha mai allegato alcun tipo di connessione per sostenere la deroga della competenza per connessione nei confronti della Beaumark, limitandosi ad affermare la competenza del Tribunale sammarinese ad eseguire il sequestro nei confronti dell'altra parte convenuta Oriental Imex B.X.B.A.

Onere della Beaumark era dunque solo quello di opporre nei propri confronti ed esclusivamente nei propri confronti, l'eccezione declinatoria del foro in ordine alla specifica domanda di risarcimento del danno che era stata proposta contro di lei, avuto riguardo al contratto di fornitura che la S.A. TS ha dedotto in giudizio come intercorso con la medesima Beaumark Enterprises Ltds.

## 7.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Victor Crescenzi), 9 giugno 1994.

S.A. Leasing Sammarinese (Avv. G. Nicolini) : S.p.a. Assimoco (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 53, anno 1993.

### **Competenza “Locus contractus inter absentes”.**

*La costante giurisprudenza ha stabilito il principio secondo il quale il “locus contractus” – ossia il luogo in cui si è perfezionato il contratto – in un contratto consensuale “inter absentes” è quello in cui avviene l'accettazione della proposta. Questo principio di diritto comune è dalla medesima giurisprudenza denominato come “teoria del luogo della ricezione della proposta”.*

---

## FATTO E DIRITTO

1. Con atto di citazione depositato in Cancelleria il 18 febbraio 1993 la S.A. Leasing Sammarinese conveniva dinanzi a Sua Signoria Illustrissima il Commissario della Legge la Assimoco S.p.A. per sentirla condannare al pagamento della somma di £. 141.650.000, oltre agli oneri accessori, rivalutazione e interessi, quale indennizzo dei numerosi sinistri subiti da autovetture di propria pertinenza e, a detta di parte attrice, coperti dal contratto di assicurazione n.111.02.102074 in essere tra la medesima Leasing Sammarinese e la Assimoco, stipulato con decorrenza 1 marzo 1991.

Con ordinanza del 1 marzo 1993 S.S. il Commissario della Legge autorizzava la citazione e fissava l'udienza del 29 aprile 1993 per la costituzione delle parti, poi prorogata all'udienza del 17 giugno 1993.

In detta udienza si costituivano ritualmente le parti e, in particolare, parte convenuta eccepiva, per quel che interessa qui, *in limine litis* l'eccezione declinatoria del foro sammarinese allegando: a) essere la Assimoco persona giuridica di nazionalità italiana; b) essere stato il contratto *de quo* concluso in Italia e precisamente a Bologna; c) essere, di conseguenza, il foro competente quello italiano.

A seguito di ciò il Commissario della Legge, ai sensi della rubrica 9 del libro II delle *Leges Statutae*, con provvedimento del 18 giugno, accordato il termine di quattro giorni utili comuni alle parti per dire e dedurre, si riservava di trasmettere gli atti all'Ecc.mo Consiglio dei XII per la decisione, ai sensi dell'art.2 n.3 della Legge 5 giugno 1923, sulla sollevata eccezione.

Peraltro, con istanza del 16 settembre 1993 parte attrice chiedeva l'escussione, in ordine alla sollevata eccezione, della teste signora Gabriella Giardi, dipendente dalla Leasing Sammarinese, affinché deponesse, salvo quant'altro, sul capitolo relativo al luogo in cui in passato la Assimoco ha adempiuto alle sue obbligazioni nei confronti della medesima Leasing Sammarinese. La richiesta testimonianza, ammessa dal Commissario della Legge con provvedimento del 17 settembre 1993, era prestata il successivo 21 ottobre.

Decorsi i termini di rito ed essendogli stati trasmessi gli atti, l'Ecc.mo Consiglio dei XII, nella seduta del 30 novembre 1993 (pratica n.4263) mi nominava consulente ai sensi degli artt. 2 e 6 della citata Legge 5 giugno 1923 n.13. Il 24 marzo 1994 mi venivano trasmessi gli atti della causa.

2. In atti risultano depositate le memorie conclusionali sia di parte attrice sia di parte convenuta, che ha sollevato l'eccezione declinatoria del foro.

Eccepisce parte convenuta che, giusta le norme vigenti in materia nella Repubblica Sammarinese e in particolare lo *ius commune* da un canto e le norme di diritto statutario dall'altro, non sussisterebbe, nella causa in questione, alcun criterio di collegamento atto ad assoggettare la Assimoco, che è società con sede in Italia e priva di dipendenze nel territorio della Repubblica di San Marino, alla giurisdizione sammarinese dinanzi alla quale è stata chiamata; invero, sia sulla scorta delle norme contenute nelle citate rubr. 1 e 34 del libro secondo dello Statuto, sia sulla scorta della evocata giurisprudenza del Consiglio dei XII, secondo quanto sostenuto dalla parte ricorrente, non sarebbe possibile individuare alcun criterio atto a derogare alla regola generale *actor sequitur forum rei*.

In particolare, la tesi di parte attrice, secondo la quale la stipula del contratto in questione sarebbe avvenuta in territorio sammarinese sarebbe destituita di ogni fondamento, in quanto ciò non apparirebbe dagli atti e comunque, trattandosi di un contratto per adesione, si deve presumere, secondo quanto sostiene testualmente la Assimoco, che <<esso si sia perfezionato nel luogo ove è pervenuta la comunicazione della avvenuta adesione, che è presumibilmente diverso da San Marino>>, non esistendo ivi una agenzia della Assimoco.

Irrilevante, ai fini della determinazione del foro, secondo quanto conclude parte convenuta, sarebbe poi la prova del fatto che varie volte in precedenza la Assimoco ha eseguito i pagamenti di somme di indennizzo per sinistri da essa Assimoco coperti, presso la sede della Leasing Sammarinese, in ordine ai quali precedenti è stata escussa la teste di cui sopra, perché tali casi rientrerebbero in un volontario <<atto di diligenza>> e non rappresenterebbero l'adempimento di un dovere contrattuale. La Assimoco richiama a questo proposito l'art. 31 delle Condizioni Generali di Polizza – delle quali tuttavia non si trova traccia nella documentazione allegata al fascicolo – dal quale risulterebbe con ogni evidenza che il luogo di pagamento degli indennizzi sarebbe la sede dell'impresa o dell'agenzia alla quale è assegnata la polizza, dunque, nel caso in specie, Bologna; sicchè né il criterio del *locus contracti*, ma nemmeno quello del *locus destinatae solutionis* troverebbero applicazione nel caso in questione, e dunque non potrebbero, secondo le conclusioni di parte convenuta, costituire fondamento per la deroga dal principio generale *actor sequitur forum rei*, ossia, in definitiva, il giudice competente della Repubblica Italiana.

3. La Leasing Sammarinese, per sua parte, sostiene, nella propria memoria conclusionale, che il contratto *de quo* costituisce un tipico esempio di contratto *inter absentes*, conclusosi tramite lo scambio, per corrispondenza di una proposta inviata dalla dipendenza di Bologna della Assimoco alla Leasing Sammarinese, da quest'ultima

accettata e inoltrata, sempre con il mezzo postale alla agenzia proponente. La data topica apposta alla polizza, in particolare, riguarderebbe dunque non il luogo in cui è avvenuto l'incontro delle volontà, bensì quello in cui è stata formulata la proposta contrattuale della Assimoco. In realtà la Leasing Sammarinese, dopo la sottoscrizione della polizza, avrebbe inviato alla Assimoco l'originale di sua pertinenza. Trattandosi di contratto *inter absentes*, secondo le conclusioni della Leasing Sammarinese, costante giurisprudenza del Consiglio dei XII, che peraltro raccoglie una *opinio communis* della giurisprudenza dottrinale di *ius commune* – entrambe citate nella memoria conclusionale – varrebbe il principio secondo il quale il contratto è perfetto nel momento in cui l'accettante fa propria la proposta dell'altro contraente avendola ricevuta. Ne risulterebbe così determinato il principio di collegamento in base al quale si dovrebbe concludere per il riconoscimento della giurisdizione sammarinese nella causa in esame.

In aggiunta a questa considerazione, la Leasing Sammarinese rileva che operante in questo caso sarebbe anche il principio del *locus destinatae solutionis*. Invero, secondo quanto sostenuto dalla parte attrice, la Assimoco avrebbe normalmente provveduto ad eseguire i propri pagamenti a favore della Leasing Sammarinese, in occasione degli adempimenti dovuti in esecuzione della copertura dovuta contrattualmente. A questo scopo parte attrice reca ad esempio la pratica di danno del sig. Mauro Busignani, particolareggiatamente illustrata nella memoria e sostenuta dalla deposizione resa dalla teste escussa nella parte istruttoria di questo procedimento. Su questa base la Leasing Sammarinese conclude, allegando una specifica giurisprudenza commissariale, per il riconoscimento della giurisdizione sammarinese.

4. Preliminarmente si rileva che l'eccezione declinatoria del foro è stata ritualmente sollevata *in limine litis* dalla parte convenuta e in via assolutamente principale, sicchè essa è ricevibile e può essere conosciuta dall'Ecc.mo Consiglio dei XII cui mi onoro di porgere questo parere.

In primo luogo si deve stabilire quale, tra i due criteri di collegamento evocati da parte attrice, vale a dire il *locus contractus* e il *locus destinatae solutionis*, trovi qui specifica applicazione, essendo entrambi richiamati dalla parte attrice e dunque trovandosi, nel caso in specie, in reciproca concorrenza.

Invero, la causa in questione verte specificamente sul punto dell'accertamento dell'esistenza in capo alla Assimoco dell'obbligazione, derivante dal contratto di assicurazione individuato sopra in occasione di alcuni sinistri subiti dalla Leasing Sammarinese su beni che, secondo la pretesa di quest'ultima, sarebbero stati assicurati con quel contratto.

In particolare, la lite qui non ha per oggetto il pagamento di una somma determinata in quanto liquida ed esigibile – come del resto ammette nella propria comparsa di risposta la stessa parte convenuta – in relazione al contratto in essere tra le due parti e dunque non di *solutio* si tratta.

Ne consegue che il criterio del *locus destinatae solutionis* non ha rilevanza nella questione in specie, così come irrilevanti risultano, in ordine alla questione dell'applicabilità del criterio del *locus destinatae solutionis* alla controversia in esame, sia l'argomentazione relativa alla prassi o alla consuetudine instaurata dalla Assimoco di eseguire i pagamenti presso la Leasing Sammarinese, sia, per contro, l'eventuale esistenza di una norma contrattuale secondo cui la Assimoco sarebbe obbligata ad eseguire tal pagamento presso la propria sede, norma della quale, peraltro, non è stata data la prova, non risultando prodotte in atti le condizioni generali di contratto che la

conterrebbero. In ultimo irrilevante risulta, sempre con specifico riferimento all'applicabilità del criterio del *locus destinatae solutionis*, la deposizione resa dalla signora Giardi nella parte che riguarda il punto relativo al luogo dove usualmente la Assimoco eseguiva i pagamenti.

5. Trattandosi, appunto, di questione relativa all'accertamento delle obbligazioni contrattuali della Assimoco, si può dire che l'intero contratto in quanto tale si trova dedotto nella lite e dunque, per stabilire se sussista o meno una deroga al principio *actor sequitur forum rei*, che, data la nazionalità italiana della Assimoco, dovrebbe essere decisivo, assume specifica rilevanza il luogo dove fu concluso esso contratto, per stabilire se, nella questione in esame, debba trovare applicazione il criterio del *forum contracti*, che al criterio del foro del convenuto costituisce puntuale deroga.

A questo scopo si deve rilevare come la questione in esame non sia connotata da una prevalente presunzione generica, che costituisca elemento decisivo pregiudiziale alla sua risoluzione. In particolare si deve rigettare, in quanto logicamente ed empiricamente infondata, la pretesa di parte convenuta di considerare come immanente, alla questione in esame, la sopra richiamata presunzione, secondo la quale il contratto *de quo*, essendo un contratto per adesione, non può essere stato sottoscritto altrove che in una delle sedi della Assimoco, e specificamente nella dipendenza bolognese: del resto tale presunzione non è sostenuta da alcun argomento. Anche, tuttavia, se si volesse ammettere tale presunzione, si compenserebbe con una presunzione, opposta, conforme agli usi commerciale. Invero, i rapporti intercorrenti tra la Assimoco e la Leasing Sammarinese possono essere considerati come integranti una relazione complessa di affari di una società di assicurazioni con una società di leasing operante nel settore degli autoveicoli, quindi con un cliente di notevole consistenza; sicchè si può parimenti presumere che la Assimoco tenesse un comportamento diverso da quello usualmente tenuto con clienti privati qualsiasi e dunque non aspettasse che i dirigenti della Leasing Sammarinese si recassero presso le proprie dipendenze, ma si può ritenere che abbia adottato modalità più agili e conformi ai rispettivi interessi commerciali, quali l'invio d'un proprio agente o l'uso del mezzo epistolare per la formale perfezione di accordi preventivamente trattati e provvisoriamente definiti ancora una volta con mezzi postali ovvero telefonici.

La Leasing Sammarinese ha prodotto in atti, allegandola alla polizza di assicurazione, una minuta di lettera che dovrebbe essere considerata quella con la quale restituiva alla Assimoco l'originale di polizza di pertinenza di quest'ultima, dopo averlo sottoscritto per accettazione – nota datata 26 febbraio 1991 unita alla polizza prodotta in atti. Tale documento, che tuttavia presenta una intestazione alla Leasing Sammarinese che utilizza caratteri di forma differente da quella sicuramente in uso nel periodo febbraio-marzo 1991 – v., in particolare, la lettera 'G' della parola 'Leasing' dell'intestatazione della nota datata 19 marzo 1991 relativa al sinistro subito dalla Mercedes 300 D targata RSM 33863 – e sicuramente in uso a decorrere dal giugno 1992 – cf. la medesima lettera 'G' della intestatazione della missiva datata 9 giugno 1992 relativa al sinistro subito dalla autovettura Opel Kadett e Caravan 17D targata RSM 40719 – non può costituire una prova piena di una tale modalità di conclusione del contratto, potendo essere stata formata in un momento successivo a quello dell'evento. Tuttavia, questo documento, che può essere considerato, pur con ogni circospezione un principio di prova scritta, di per sé non dotato di concludenza e in quanto tale, ossia preso da solo, non definitivamente attendibile, è sostenuto da altri elementi e circostanze, che costituiscono sufficienti *argumenta et indicia* atti a far concludere nel senso sostenuto da parte attrice.

Uno di tali argomenti è costituito dalla deposizione della teste signora Giardi, che sul punto specifico a domanda risponde: <<*Tali contratti*>> - tra i quali è quello in questione - <<*venivano sottoscritti a San Marino presso la Leasing alla quale venivano spediti dalla Assimoco. La sottoscrizione del contratto prodotto in atti è dell'amministratore delegato sig. Zavoli Loris*>>.

A proposito di tale deposizione va immediatamente rilevato che la teste, essendo dipendente della Leasing Sammarinese, va qualificata *testis domesticus*, ed integra specificamente la figura delineata da D. 22, 5, 6: sicuramente, in quanto appunto lavoratrice subordinata di parte attrice, si trova nella situazione di coloro <<*quibus imperari potest ut testes fiant*>>: cf. Voet, *Comm. ad Pandectas*, lib. 22, tit. 5, n.3; cf. da ultimo la sentenza commissariale in *Giurisprudenza Sammarinese aa. 1981-1990*, sentenza di primo grado n.112, p. 1235-1237. In quanto tale, essa è considerata dall'ordinamento generalmente inidonea a deporre, ma evidentemente fino al punto in cui tale inidoneità venga rilevata e opposta dalla parte contro cui la testimonianza è indotta. Ora, né sulla ammissione della teste, né sulla sua idoneità, né sulla sua attendibilità, né sul contenuto della sua deposizione è stata sollevata obiezione alcuna da parte convenuta. Se ne deve concludere che parte convenuta non ritiene che la qualità di lavoratrice subordinata della signora Giardi abbia in alcun modo influito sia sulla sua disponibilità a prestare una testimonianza che avvalora la tesi di parte attrice, sua datrice di lavoro, sia sulla sua attendibilità, sia sulla veridicità del contenuto di tale testimonianza. Tuttavia, pur se l'idoneità o almeno la piena attendibilità della teste possono e anzi devono essere deliberate autonomamente anche dal giudicante, anche indipendentemente dal contegno processuale della parte contro la quale la testimonianza è prestata, e ciò ai fini più generali di giustizia e dunque, pur a voler considerare la deposizione della signora Giardi con la più grande circospezione, tra l'altro in quanto essa costituisce un unico teste, non si può non concludere che quanto essa ha asserito integra un *argumentum* o un *indicium* che, in concorso con gli altri elementi e circostanze, che qui si vanno esaminando, è di consistenza tale che può portare ad una conclusione sufficientemente certa.

Invero, si è già rilevato come la qualità di cliente di notevole dimensione della Leasing Sammarinese porta a presumere che le relazioni di affari tra questa e la Assimoco, come con altri fornitori della medesima Leasing, non avvenissero nelle dipendenze di questi ultimi, ma si svolgessero, come suole avvenire in questo genere di relazioni commerciali, o per mezzo degli stessi agenti di tali fornitori, che si recano nella sede del cliente o, almeno per le vie epistolari.

E', in particolare, scarsamente credibile che l'amministratore delegato della Leasing Sammarinese si sia recato il 22 febbraio 1991 a Bologna a sottoscrivere un contratto di assicurazione che appare assolutamente banale quanto alla sua struttura, e che dunque non presentava specifici problemi, quando la stessa operazione si sarebbe potuta concludere altrettanto efficacemente per posta.

In tale quadro, assume specifica rilevanza la circostanza messa in luce da parte attrice, secondo la quale il sig. Zavoli, appunto amministratore delegato della Leasing Sammarinese, ha omesso di sottoscrivere le clausole quale quella derogatoria del foro, quelle relative alla limitazione della responsabilità dell'assicuratore o quelle che ne consentono il recesso in caso di sinistro, che in quanto normalmente ritenute vessatorie devono essere espressamente sottoscritte per l'accettazione dell'assicurato; è argomento ragionevole che se effettivamente il contratto fosse stato sottoscritto alla presenza



dell'agente della Assimoco, questi non avrebbe mancato di rilevare la mancata accettazione espressa delle clausole in questione e di indurre controparte ad apporre la propria sottoscrizione in calce a tali clausole, ciò che non è avvenuto.

Considerando dunque tutti questi argomenti e indizi, vale a dire quello derivante dalla allegata minuta della lettera di trasmissione dell'originale di polizza di competenza della Assimoco, non contestato da parte convenuta, quello derivante dalla deposizione della signora Giardi, parimenti non contestato da parte convenuta, quello derivante dalla mancata sottoscrizione delle condizioni generali di contratto limitative delle obbligazioni dell'assicuratore e sfavorevoli all'assicurato, infine quello derivante da una generale presunzione in ordine alle usuali modalità con cui si svolgono le relazioni commerciali con un cliente di notevoli proporzioni, conformemente, del resto, a quanto deposto dalla teste signora Giardi, si può concludere che esistono sufficienti indizi per ritenere che il contratto sia stato perfezionato per la via epistolare, tramite lo scambio di una proposta e la sua accettazione utilizzando il mezzo postale, indizi cui parte convenuta si è limitata ad opporre una generica presunzione sulla conclusione del contratto nella dipendenza di Bologna, suffragata soltanto dall'argomento derivante dalla circostanza dell'essere, il contratto *de quo*, un contratto per adesione.

Ne consegue che la data apposta alla polizza - <<Bologna, 22/02/91>> - non si deve intendere come la data del contratto, ma come la data della proposta, essendo del resto rilevante la data di decorrenza – 1 marzo 1991 – ai fini della operatività negoziale.

6. Essendo il contratto stipulato, per quanto si è venuto dicendo sin qui, *inter absentes*, se ne deve concludere che l'eccezione di parte convenuta Assimoco è infondata e deve essere rigettata.

Invero, secondo la giurisprudenza costante di codesto Ecc.mo Consiglio, la materia della competenza internazionale del giudice sammarinese risulta disciplinata dallo *ius commune*, integrato e derogato dallo Statuto: cf. §§ 94, 250, 279, 280, corrispondenti alle rubr. I, XXIV e XXXIV del secondo libro delle *Leges Statutae*; cf. altresì T.C. Giannini, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, p.29ss. In base a tale sistema risulta evidente che, quando si versi in materia contrattuale, come nel caso in esame, qualora il convenuto sia *forensis*, il *forum iurisdictionis* risulta determinato dal luogo in cui il contratto fu concluso: cf. *Leges Statutae*, lib.II, rubr.I (§ 94), che riprende e specifica la disciplina di diritto comune così come sancita in D. 1, 5, 2, 4; cf. anche Giason del Maino nel commento a C. 1, 1, 1, n.18 della *prima lectura* e n.56 della *secunda lectura*, che fa sue e riferisce le corrispondenti opinioni di Bartolo e di Baldo; cf. infine Voet, *Commentarium* a D. 5, 1, nn.66 e 73.

La uniforme giurisprudenza di codesto Ecc.mo Consiglio ha d'altronde stabilito il principio secondo il quale **il locus contractus – ossia il luogo in cui si è perfezionato il contratto – in un contratto consensuale *inter absentes* è quello in cui avviene l'accettazione della proposta; questo principio è denominato nella giurisprudenza sammarinese 'teoria del luogo della ricezione della proposta'**. Esso trova il conforto della giurisprudenza dottrinale di diritto comune, rappresentata dal già citato Voet, dal Richeri (*Universa iurisprudencia*, lib. IV, t. 39, c. 4 § 1876); e dal De Luca (*Dottor Volgare*, l. III, t. 20 n.16). L'unica voce discordante sembra essere quella del Grozio citato per esempio nella decisione di codesto Ecc.mo Consiglio del 19 aprile 1967, relativa alla causa n.171 del 1965 (consulente il prof. P. Casadei Monti) (v. *infra*). In tale decisione si mette in evidenza come quella della ricezione costituisca non solo dottrina dominante, ma addirittura *opinio communis*, laddove la tesi del Grozio, ammesso che sia

applicabile al caso esaminato, costituisce *opinio singularis*. L'argomentazione seguita in tale decisione appare del tutto persuasiva in quanto, del resto, perfettamente aderente alla pratica commerciale. Ne consegue che il luogo in cui si è perfezionato il contratto *de quo* è il domicilio della soc. Leasing Sammarinese, vale a dire la Repubblica di San Marino.

7. Relativamente a tutti i principi sopra richiamati e alla loro applicazione nell'ordinamento sammarinese la giurisprudenza del Consiglio dei XII è ancora una volta più che costante, uniforme: cf. le seguenti pronunce del Consiglio dei XII: 11 gennaio 1963, soc. an. Scala contro ditta Teodorani & Dolci, causa n.30 del 1962 in G.S. a.III, n.1, p.6s.; 17 novembre 1964, soc. an. Deca Company contro avv. E. Roverselli, causa n.13 del 1964, in G.S., a.IV, n.1, aa. 1964-69, p.29ss.; 19 aprile 1967, soc. an. Sapea contro s.p.a. Acna, causa n.171 del 1965, in G.S., *ibidem*, n.2, p.35ss.; 23 aprile 1970, Cosimo di Presa contro s.p.a. N.C.R., causa n.180 del 1969, in G.S., *ibidem*, n.5, p.55ss.; 17 gennaio 1975, ditta Titanpetrol contro s.p.a. E. Bartoletti, causa n.27 del 1973, in G.S. *dal 1970 al 1980*, n.3, p.59s.; 17 gennaio 1975, S.A. Libra contro s.r.l. Precast, causa n.409 del 1970, in G.S., *ibidem*, n.4, p.61ss.; 17 gennaio 1975, causa S.A. Libra contro s.p.a. Bonomi, causa n.408 del 1970, in G.S., *ibidem*, n.5 p.65; 21 gennaio 1983, Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino contro ICCRI, Italcasse e altri, causa n.142 del 1981, in G.S. *dal 1981 al 1990*, n.1, p.141ss.; 26 gennaio 1989 S.A. Credito Industriale Sammarinese contro s.p.a. Adriatica Marina e altri, causa n.8 del 1987, in G.S. *dal 1981 al 1990*, n.10, p.178ss.; 26 settembre 1990, S.A. Ali contro Barbieri Eriberto, causa n.49 del 1989, in G.S. *dal 1981 al 1990*, n.12, p.191ss.

Da tutto ciò consegue che la competenza del giudice sammarinese nella causa in esame ne risulta accertata.

## 8.

Consiglio dei XII (Consulente Prof. Severino Caprioli), 9 giugno 1994.

S.A. Titan Services (Avv. L. Della Balda) : Banca della Provincia di Napoli (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 246, anno 1993.

**Assegno bancario non trasferibile – Sede dell'istituto di credito trattario – “Forum destinatae solutionis”.**

*E' necessario presupposto all'emissione degli assegni bancari un accordo fra debitore e creditore, quello proponendo e questi accettando, che il pagamento della somma dovuta non avvenga per manuale consegna di contanti, ma per mezzo di tali ordini scritti, indirizzati dal primo ad un istituto di credito, depositario di suoi fondi, a favore del secondo.*

*Un tale accordo, identificando nell'istituto trattario il delegato al pagamento, fissa perciò nella sede di questo il “locus solutionis”; e nella fattispecie che da origine all'obbligazione funge da clausola del luogo per l'adempimento, determina appunto il “forum destinatae solutionis”.*

*La clausola apposta dal debitore di rendere non trasferibile l'assegno, fa coincidere il soggetto, legittimato ad esigere dalla banca trattaria il pagamento della somma iscritta*

*nel titolo, con il soggetto prenditore dello stesso titolo, escludendone il trasferimento a terzi.*

*La presentazione dell'assegno ad un istituto bancario, diverso da quello presso il quale sono depositati i fondi disponibili dall'emittente, non esaurisce la circolazione dell'assegno medesimo, e non produce alcun effetto sul debitore traente.*

*Ciò perché la sede della banca trattaria è, all'origine dell'assegno stesso, il "Locus solutionis" e tale rimane.*

*La non trasferibilità dell'assegno, come impedisce al prenditore di designare un terzo quale giratario, preclude altresì all'istituto bancario, che riceva l'assegno per l'incasso, di provvedere al pagamento in favore di un soggetto diverso dal prenditore.*

*Un diverso contegno, nel quale è ravvisabile la "culpa", generatrice della responsabilità aquiliana, si consuma sempre nei fondi depositati presso l'istituto trattario.*

---

## FATTO E DIRITTO

Con una citazione del 30 giugno 1993 la società anonima Titan Services, impersonata dal suo unico amministratore e legale rappresentante *pro tempore*, assistita dall'avvocato Luca Della Balda, chiamava in giudizio la Banca della Provincia di Napoli, impersonata dal suo legale rappresentante *pro tempore*, affinché il Commissario della Legge la dichiarasse responsabile per il pagamento di assegni bancari non traferibili e la condannasse al risarcimento dei danni con ciò arrecatile. Si costituiva la Banca della Provincia di Napoli per atto dell'avvocato Gian Luigi Berti il 9 settembre e domandava il termine statutario per rispondere ed eccepire. Con atto del 23 settembre la difesa della convenuta eccepiva il difetto di giurisdizione, ovvero l'incompetenza territoriale, del magistrato sammarinese. Nei termini accordati alle parti dal Commissario, depositavano quindi memorie la difesa della Banca della Provincia di Napoli in data 14 ottobre, la difesa della Titan Services in data 28 ottobre 1993. Nella seduta del 21 gennaio 1994 il Consiglio dei Dodici mi nominava consulente per gli effetti di cui agli articoli 2 e 6 della L. 5 giugno 1923 numero 13. Con biglietto del 21 marzo del corrente anno, numero 1255, la Segreteria di Stato per gli Affari Interni mi spediva il fascicolo della causa, giunto in mie mani il 26 marzo.

1. L'episodio processuale che in questa vicenda ora vede sollecitato il Consiglio dei Dodici ad esercitare una sua prerogativa sancita nello Statuto, Libro II, tit. 2 (§ 95), e conformemente oggi disciplinata nell'art. 2 numero 3 L. 5 giugno 1923 n.13, tiene dietro ad una pronuncia del magistrato penale (12 giugno 1992, c.69/1991), non ignota ai Consiglieri per la gravità del caso, pronuncia seguita a sua volta da opportuni provvedimenti commissariale (15 aprile 1993); ma ci riporta da una patologia del vivere associato, così grave da aver meritato la sanzione penale, ad una meno allarmante di certo, benchè più intricata. Allo storico della società italiana, considerata nelle sue molteplici relazioni con la società sammarinese, sarà lecito indagare, domani *sine ira et studio* l'intero contesto cui inerisce il presente episodio; e di certo questo non potrà valutarsi appieno, quando si recidano i nessi che lo stringono a quel contesto. Al consulente non spetta già richiamare tuttavia l'attenzione del Consiglio su quel poco edificante antefatto, ma soltanto offrire al collegio una soluzione ragionata dell'unico

punto da decidere. Se infatti la vicenda nella sua interezza non è ignota ai Dodici, non su di essa i Consiglieri sono chiamati a deliberare; ma sopra un problema di rito, preliminare all'esame del merito e concernente una patologia più sottile e più frequente. D'altro canto la patologia stessa dei titoli di credito e quella, differente, dei mezzi di pagamento convergono spesso in sintomi suscettibili di confusione, come del resto le fattispecie che appartengono al primo od al secondo genere prendono forme identiche e si rivestono di espedienti lessicali identici; e seppure non generano un allarme sociale tanto acuto da meritare sanzioni penali, denunciano situazioni di malessere che sarebbe imprudente sottovalutare.

Il quesito, cui deve dare la sua risposta meditata il Consiglio, e che insieme compendia i fatti non controversi, è questo: se spetti al Commissario della Legge definire la controversia, instaurata da un cittadino sammarinese con il chiamare in giudizio un istituto bancario straniero, che accettando assegni bancari non trasferibili, e tuttavia girati dal prenditore ad un terzo, abbia ridotto di una somma, pari all'importo di questi, i fondi depositati dal cittadino sammarinese presso l'istituto di credito, pure sammarinese, trattario dei medesimi assegni.

2. Riservati al magistrato di merito, come è doveroso, il vaglio e l'accertamento dei fatti in causa rilevanti, se controversi, e la loro qualifica, è tuttavia necessario alla disamina e alla soluzione del quesito proposto al Consiglio un chiarimento, dal quale il consulente non potrebbe dispensarsi. Risulta agli atti di causa, come non controverso, che la parte sammarinese ha promesso una somma, quale provvigione, ad un cittadino italiano. E che ha posto in atto i mezzi sufficienti per l'adempimento: alla banca sammarinese, depositaria di suoi fondi, ha ordinato di pagare quella somma, a tal fine emettendo tre assegni non trasferibili. Per l'impiego di un tale mezzo, il luogo deputato all'adempimento dell'obbligazione è rimasto fissato nella sede della banca, destinataria di quell'ordine. Giungendo in mani del creditore, quei foglietti hanno generato in lui la certezza che presentandoli all'istituto bancario, di persona o mediante delegato, conseguirà le somme a lui promesse dal debitore. Il chiarimento qui necessario è una diligente analisi dell'esperienza, una fenomenologia che ordini i dati sulle linee di categorie elementari, libera dall'illusione di poter attingere dati senza costruirli.

Da gran tempo corrono infatti per l'Europa intera, così come in San Marino, certe ragionevoli consuetudini, nelle quali Vittorio Scialoja non esiterebbe a riconoscere il *diritto comune mercantile* (una tal formula impiegava quel G.d.A. nelle sentenze del 12 agosto 1924, c.69/1921; e c.6/1922, *Giur. Samm.* 1924, pp.18a, 20b, quando risolveva da par suo problemi diversi dal presente); da più d'un secolo queste consuetudini commerciali, fuori di San Marino ricevute e quasi codificate in leggi speciali dei singoli Stati (è il caso dell'Italia), risultano tuttora osservate nella Repubblica a titolo di *mos mercatorum* (altri preferirebbe accantonare il profilo dei dati normativi interni all'ordinamento repubblicano, e mirerebbe piuttosto a quella proteiforme *lex loci uicinioris*, cui si prestava frequente osservanza negli ordinamenti del diritto comune tardo, indagata magistralmente da G. Gorla [1972], rist. *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, pp.619-649). Basti considerare che la stessa legge sammarinese del 6 febbraio 1882 appartiene alla famiglia delle legislazioni commerciali europee del tardo Ottocento in materia di cambiale tratta e di *pagherò* (T.C. Giannini, *La legge* 1898, I, p.719s.). E' da questa legge che il Tribunale commissariale ha talvolta tratto per analogia la disciplina occorrente a risolvere qualche problema sollevato dalla circolazione di titoli affatto diversi, quali sono appunto gli assegni bancari (T. Comm. 11

dicembre 1950, c.102/1950, *Giur. Samm.* 1963, p.247; 8 ottobre 1964, c.160/1964, *Giur. Samm.* 1964-1969, p.249s. Lo stesso ufficio, 8 agosto 1934, c.44/1934, *Giur. Samm.* 1933-1934, p.108s., escludendo l'analogia, faceva però capo "agli ordinarii principii di diritto").

Da gran tempo nella pratica dei commercianti europei, e dei non commercianti, è invalso l'uso di elementari scritture, che i privati si rilasciano per il mero adempimento di obbligazioni, grazie a tali scritture da un canto evitando il materiale trasferimento di moneta ed i rischi a questo connessi, dall'altro sottraendo alla propria disponibilità con il lasciarle confidate alla custodia di un terzo, già determinato dal debitore, somme uguali alle somme dovute. Innegabile che il rapporto costituito fra il depositante e la banca, modulato con clausole opportune, non rileva sul creditore, ma produce non di meno una sorta di effetto-garanzia a vantaggio di costui. Evidente poi la ragione che induce a valutare come socialmente riprovevole ogni contegno difforme dai buoni usi dei commercianti, e per le ipotesi più gravi a fulminarlo con sanzioni penali.

Nell'esperienza degli europei, di là dalle ingegnose costruzioni dei giuristi e dalle stesse discipline legali del fenomeno, dove queste si abbiano, tutti vedono che quelle scritture non esplicano la funzione dei titoli di credito, ma tengono la piena dignità dei mezzi di pagamento (distinzione cui sembrava incline il T. Comm. 8 agosto 1934, *Giur. Samm.* 1933-1934, p.108). E dire pagamento è dire adempimento di una perfetta obbligazione pecuniaria, esigibile fin dall'origine. E se pure l'esperienza degli europei comprende la trasmissione degli assegni dal prenditore originario ad altri soggetti, da lui determinati (non procuratori), quasi per analogia fondata sulla risalente pratica della cambiale (quanto alle prime comparse della girata nella lettera di cambio, bastino i riferimenti di A. Saporì, *Il commercio internazionale nel medioevo* [1938], *Studi di storia economica* II, Firenze 1955, p.517; per la seriorità dell'assegno bancario, la recensione a G. Luzzatto [1963], lì stesso, III, Firenze 1967, p.148s.; G. Luzzatto, *Storia economica d'Italia. Il Medioevo*, Firenze 1967, p.290s.), tutti vedono come la circolazione di quei foglietti cui viene dato il nome di assegni bancari si chiuda con l'arrivo in mano al banchiere trattario, che è il terzo cui il debitore ha conferito la disponibilità della provvista. Adempiendo gli obblighi derivanti per lui dal contratto di deposito stipulato con il cliente, in specie eseguendo l'ordine di pagare una somma determinata al di lui creditore, su presentazione di quel foglietto, il banchiere libera il proprio cliente da quel debito, che per qualsiasi causa costui abbia contratto con il prenditore.

Chi porti l'attenzione sul momento iniziale di questa vicenda, vede che **è necessario presupposto all'emissione degli assegni un accordo fra debitore e creditore, quegli proponendo e questi accettando che il pagamento della somma dovuta non avvenga per manuale consegna di contanti, ma per mezzo di tali ordini scritti, indirizzati dal primo ad un istituto depositario di suoi fondi, a favore del secondo.** Nessun rilievo su questo accordo, relativo alla *solutio*, possono avere le maniere in cui il creditore-prenditore conseguirà il pagamento: di persona presentando le scritture che recano quegli ordini all'istituto trattario, o delegando per la ricossione un diverso istituto di credito. Affidate alla scelta di una sola parte, queste maniere non valgono a modificare l'accordo, presupposto dall'emissione. **Un tale accordo identificando nell'istituto trattario il delegato al pagamento, fissa perciò nella sede di questo il *locus solutionis*; e nella fattispecie che dà origine all'obbligazione funge da clausola determinatrice del luogo per l'adempimento** (nel persistente lessico dei maestri, appunto determina il *locus destinatae solutionis*). Come si vedrà, la *destinatio*, la determinazione convenuta

fra l'emittente ed il prenditore dell'assegno, non potrebbe venir modificata con l'atto di una sola parte.

E' pure nell'esperienza degli europei una clausola che fa coincidere il soggetto, legittimato ad esigere dalla banca trattaria il pagamento della somma iscritta nel titolo, con il soggetto prenditore dello stesso titolo, escludendo il trasferimento a terzi: si direbbe che una tal clausola, con il rendere *non trasferibile* l'assegno su cui viene apposta, tenga fedele il titolo alla sua schietta funzione, esaltandolo come puro mezzo di pagamento; e salvando la formale astrattezza del titolo, accosti per la via del soggetto creditore il rapporto cartolare al rapporto sostanziale.

Come tutti sanno, fra i prenditori di assegni è pure invalso l'uso di delegare un istituto di credito diverso dal trattario per la riscossione della somma, promessa dall'emittente dell'assegno. E tutti sanno che l'istituto, approssimativamente qualificato come giratario (ma procuratore, piuttosto, per il solo incasso), si sostituisce alla banca trattaria nel pagare presso la propria sede, ma cautelandosi dinnanzi al presentatore con la clausola *salvo buon fine*: questa immediatamente richiama il termine della vicenda, escludendo che dall'operazione possa sortire un qualche effetto di *expromissio* (per usare le categorie del diritto comune). Dalla medesima clausola risulta che **la presentazione dell'assegno ad un istituto bancario, diverso da quello presso il quale sono depositati i fondi disponibili dall'emittente, non esaurisce la circolazione del biglietto; e che anzi questa clausola rinvia all'ultimo atto del procedimento. Fuori dubbio perciò che il pagamento liberatorio per il debitore sia quello che avverrà nella sede della banca trattaria, cioè della banca presso la quale sono depositi i fondi a lui disponibili**; e che l'eventuale fattispecie, consistente nella cosiddetta girata per l'incasso ad un diverso istituto bancario, non produca alcun effetto sul debitore traente. **Perciò la sede della banca trattaria è all'origine dell'assegno il *locus solutionis***, come si direbbe nel linguaggio dei buoni pratici del diritto comune e del *ius mercatorum*, e tale rimane. **Una diversa opinione attribuirebbe al creditore, prenditore dell'assegno, la potestà di modificare con un atto esclusivamente proprio il complesso rapporto trilaterale costituito dal debitore emittente.**

Il quale rapporto, se è regolato dalla clausola che rende l'assegno non trasferibile, neppure potrebbe modificarsi per il solo atto di quel banchiere, diverso dal trattario, che si interponesse fra il prenditore ed il banchiere trattario, anticipando al primo il pagamento cui è tenuto il secondo. Al contrario nessuno dubita che la non trasferibilità dell'assegno, come impedisce al prenditore di designare un terzo quale giratario – e con ciò protegge le stesse aspettative creditorie di lui contro la callida intrusione di estranei – così ad ogni altro soggetto si impone, per una sorta di *Drittwirkung*. Nonostante questa clausola, può manifestarsi una patologia rara nella circolazione degli assegni, che risulta del resto verificata nell'episodio da cui prende avvio la controversia presente. Al magistrato del merito spetterà conoscere se una sorta di “responsabilità cambiaria” si profili in questa patologia, o piuttosto la risalente, proteiforme responsabilità aquiliana. Il consulente deve limitarsi a ribadire che la fattispecie prodottasi presso il banchiere, giratario per l'incasso, comunque debba qualificarsi e qualunque protezione giuridica possa meritare, è un atto in quel procedimento che si conclude presso il banchiere trattario.

Ma già la delibazione che spetta al Consiglio dei Dodici produce un ulteriore chiarimento, da valere come preliminare alla disamina del merito nella sede competente. **Si deve infatti escludere un rapporto di schietta origine contrattuale fra l'emittente**

**dell'assegno e l'istituto di credito, diverso dal trattario, presso il quale venga presentato comunque (*iure od iniuria*) il foglietto al solo fine dell'incasso.** L'azione intentata dal primo contro il secondo non può configurarsi che alla stregua della responsabilità aquiliana. Ed a sua volta la complessa fattispecie svoltasi presso un banchiere diverso dal trattario, e reso giratario per l'incasso, deve ragionarsi da due punti di vista convergenti. Come vicenda nella quale si verifica la circolazione del biglietto denominato assegno bancario; e come fattispecie inerente al procedimento estintivo dell'obbligazione; ed ovvio risulta come la prima vicenda sia finalizzata alla seconda, come resti peraltro indifferente ai due rapporti sostanziali (questi sì di scaturigine contrattuale) fra il traente ed il prenditore, fra il traente e l'istituto trattario. L'analisi attenta del fenomeno rende percettibile ad ognuno questa connessione dei due profili ed esclude ogni ragionevole dubbio: il contegno di quell'istituto bancario, che riceva per l'incasso un assegno non trasferibile, ma presentato da un soggetto diverso dal prenditore, non si esaurisce nella sua puntualità, ma ha rilievo solo in quanto produca il suo effetto ultimo, che è l'emungimento del deposito presso l'istituto trattario dell'assegno. Se quel contegno risulti meno diligente del dovuto, tanto da configurarsi quale *culpa*, il *damnum iniuria datum*, che per tradizione romanistica ininterrotta concorre a identificare nei suoi lineamenti la responsabilità aquiliana, si consuma nei fondi depositati presso l'istituto trattario.

3. Conviene formulare il problema nel corrente linguaggio della dottrina europea, fatto proprio dalla giurisprudenza decidente in questa Repubblica: per sciogliere il dubbio sollevato dalla difesa con la sua eccezione, dinnanzi a quegli elementi di *estraneità* rispetto all'ordinamento sammarinese che sono la nazionalità italiana della parte convenuta ed il luogo in cui la medesima asserisce verificatasi la fattispecie che darebbe origine alla controversia, incombe alla parte attrice individuare un *criterio di collegamento* e provarne la concreta esistenza (Consiglio Grande e Generale [su parere di D. Anzilotti], 31 luglio 1917, c.34/1917, *Giur. Samm.* 1911-1920, p.2a; da cui si rifà il Consiglio dei Dodici [su parere di G. Ramoino, 18 giugno 1962, c.356/1961, *Giur. Samm.* 1965, p.4).

Ma qui conviene che il Consiglio non si appaghi della corrente precettistica, giova che al contrario approfondisca l'esame; e passi dal considerare la sola fenomenologia dei titoli di pagamento al riflettere sulla disciplina sammarinese della funzione giurisdizionale nella sua contestura odierna, una disciplina che stringe attraverso gradi successivi l'intero sistema. Nel sistema oggi si compongono le fasi di un'esperienza, che per i propri caratteri originari l'ordinamento sammarinese conserva ben discernibili.

Chiarissimo vede il Consiglio come per la costituzione sammarinese attuale siano *parte integrante dell'ordinamento* repubblicano *le norme del diritto internazionale generale* (art.1 L. 8 luglio 1974 n.59); e fra queste le consuetudini che sedimentando esperienze risalenti appaiono, e sono, costanti nelle costituzioni e nelle legislazioni degli Stati moderni (basti il rilevamento offerto da D. Anzilotti, citato, p.8s.); consuetudini le quali peraltro lambiscono così da vicino la razionalità, che sembrerebbero non avere bisogno di riversarsi in strumenti convenzionali per generare vincoli agli Stati nei rapporti fra loro. Con l'art.1 L. 59/1974 converge il precetto dell'art. 15 c.1, per il quale dalla Repubblica viene *garantita la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi davanti agli organi delle giurisdizioni ordinarie e amministrativa*, senza che si ammetta nell'ordinamento sammarinese alcuna distinzione fra cittadini e stranieri, a tutti risultando evidente che la *garanzia giurisdizionale* ricade fra quei *diritti della persona*

umana che l'art. 5 della stessa L. 59/1974 fa *inviolabili*. E' pure noto che la Repubblica sammarinese con tali precetti conforma la propria costituzione ai disposti di un diritto internazionale pattizio, così diffusamente accolto da presentare caratteri di generalità, eppure espressamente richiamato per titolo di *adesione alle convenzioni internazionali in tema di diritti [...] dell'uomo* (ancora con l'art. 1 L. 59/1974). Si tengano presenti l'art. 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948), l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 16 dicembre 1966; formale adesione sammarinese per D.R. 26 settembre 1985 n.109); l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 4 novembre 1950; formale adesione sammarinese per D.R. 9 marzo 1989 n.22). Ma le stesse ragioni che impongono ad ogni Stato di accordare tutela giurisdizionale ad ogni *persona*, membro che sia oppure no della propria comunità, rinviano per stretti passaggi alla sovranità di ciascun ordinamento, obbligando questo quale membro dell'universale comunità degli Stati. Su un tale fecondo paradosso converrà portare l'attenzione.

Il Consiglio apprezza bene quell'ampia e profonda metamorfosi, che segna tutt'intera l'esperienza repubblicana del secolo ventesimo. Per usare una duttile categoria trasmessaci dalla tradizione romanistica, è come una radicale novazione quella che investe l'ordinamento sammarinese, e dove lascia immutato un precetto, modifica il titolo per cui vige; ed a quanto valeva per norma interna, tale rimanendo, fa prendere pure la qualità dell'adempimento di un obbligo convenzionale contratto con altri Stati, o dell'osservanza di una norma del diritto internazionale generale. L'esperienza sammarinese non è nuova ad un tale concorso di titoli in una sola situazione giuridica (la percepiva del resto G. Ramoino, quando rendeva un parere al Cons. dei Dodici, 11 gennaio 1963, c.460/1961, *Giur. Samm.* 1965, p.9): il più prezioso lascito del diritto comune sta forse in quella multidimensionalità del diritto, che è il segno più espressivo del sistema. Con quest'avvertenza giova passare ad un rapido esame della risalente disciplina sammarinese della funzione giurisdizionale, per quanto attiene alle ipotesi in cui una controversia, pu presentando carattere di estraneità all'ordinamento repubblicano, manifesti però un criterio di collegamento.

Due norme, espressive della costituzione sammarinese risalente ai secoli dell'età media e consacrata nello statuto, scolpiscono in perfetta simmetria il potere giurisdizionale dei Capitani e la soggezione dei cittadini, originari e residenti, a questo potere. Riservata come è ovvio la giurisdizione ai Capitani, con esclusione di ogni altro ufficio pubblico; e per altri riservata agli organi ecclesiastici ogni controversia, di cui sia parte un chierico (*Stat.* 282 [Lib. II, tit. 341]). Superfluo ricordare al Consiglio che i poteri giurisdizionali, spettanti per statuto ai Capitani Reggenti, da tempo quasi immemorabile vengono esercitati dal Commissario della Legge: poteva constatarlo per tutti chi si fece osservatore attentissimo dell'esperienza sammarinese nella svolta fra Otto e Novecento (T.C. Giannini, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese* [1901], San Marino 1967, p.18).

Originari e residenti (*terrigenae seu habitatores*), che siano *saeculares personae*, debbono far valere le proprie pretese in materia di obbligazioni, di diritti reali o di altri diritti, come pure in materia *criminalis* o *mixta*, dinnanzi ai Capitani; non ai titolari di uffici pubblici diversi (*Stat.* 279 [Lib. II, tit. 34]). Ciò anche quando la controversia fra *terrigenae seu habitatores* abbia per oggetto una cosa posta in terra straniera, o tragga origine da un illecito civile o penale commesso in terra straniera (*Stat.* 280 [Lib. II, tit.



34]). Impossibile sopravvalutare la norma recata da *Stat.* 279 [Lib. II, tit. 34], che ha rango costituzionale, perché distinguendo contrappone la prerogativa giurisdizionale, radicata in un solo organo della collettività, ad ogni altra funzione, pure esplicata da quello stesso o da altri organi della Repubblica.

D'altro canto, i Capitani – oggi i magistrati sammarinesi di primo grado, come si ricordava – debbono esercitare il proprio ufficio di *iudices* in materia civile tra privati individui (*singulares personae*) ed enti; come pure tra uno di questi *incolae ac habitatores* ed il soggetto *forensis* che lo abbia trascinato in giudizio; come pure tra *forenses*, che abbiano posto in essere una fattispecie civile nel territorio della Repubblica (*Stat.* 94 [Lib. II, tit. 1], 251 [Lib. II, tit. 27]). Si consideri attentamente l'unità della disciplina nella coerenza dei suoi due aspetti. E si aggiunga pure: contro i *forenses* presenti nella Repubblica, debitori per un titolo qualsiasi verso i *terrigenae* (*Stat.* 249 [Lib. II, tit. 26]), e viceversa (*Stat.* 250 [Lib. II, tit. 26]), gli atti esecutivi spettano agli stessi magistrati della Repubblica.

**Compete dunque alla autorità sammarinese esercitare la giurisdizione sui cittadini. Sugli stranieri, quando questi si facciano attori in Repubblica, trascinando in giudizio un sammarinese; e quando fra stranieri sorga controversia per un'obbligazione, la cui fattispecie si sia verificata in Repubblica.** Tutto ciò esprimeva già elegantemente in formula il Consiglio Grande e Generale, dichiarando “(a) La giurisdizione sammarinese è competente nelle controversie di qualunque genere intercedenti fra cittadini, sieno questi persone singole, sieno comunità, università, collegi ecc. (b) La giurisdizione sammarinese è competente nelle cause di qualunque genere intentate da forastieri contro cittadini o persone domiciliate nella Repubblica (*incolae ac habitatores*) [...]. (c) La giurisdizione sammarinese è competente nelle cause tra forestieri, che riguardino obbligazioni nascenti da contratti conclusi o da fatti avvenuti nel territorio dello Stato (*contraxerint vel quasi*)” (31 luglio 1917, c.34/1917, su parere di D. Anzilotti, *Giur. Samm.* 1911-1920, p.8b). Per le ipotesi (b) e (c), in quanto presenti in *Stat.* 94 [Lib. II, tit. 1], ancora si legga il Cons. G. e G., 19 ottobre 1915, c.66/1914 (su parere di S. Cherici), *Giur. Samm.* 1911-1920, p.6a (che poneva in luce la tassatività delle ipotesi). Un'esposizione didascalica potè offrire il Consiglio dei Dodici, 13 maggio 1924, c.45/1923 (su parere di G. Ramoino), *Giur. Samm.* 1924, p.4b (da integrare con l'estratto in T.C. Giannini, *Sommario*, citato, p.29 n.8). che prendeva lo schema (e il tenore) dagli artt. 91, 94s., 98, 100, 105-107 c.p.c. 1865 (episodio memorabile di quella *imitatio*, che sembrò codificare nell'antica San Marino il vigore della *lex loci vicinioris* [*Stat.* 456 (Lib.II, tit. 64), da rileggere con le cautele suggerite da A.C. Jemolo in un parere *pro ueritate* del 1937, edito nella *Miscellanea* dell'Istituto Giuridico Sammarinese, 1, 1991, p.146]); un'altra esposizione didascalica darà lo stesso Consiglio dei Dodici, 23 aprile 1970, c.180/1969, *Giur. Samm.* 1964-1969, p.57s. (su parere di P. Casadei Monti).

Per una schietta consuetudine, la cui ragionevolezza nessuno potrebbe oppugnare, conforme per altro alla gradazione dei precetti sancita nello *Stat.* 18 (Lib. I, tit. 31), 144 (Lib. II, tit. 6), l'ipotesi (c) offre la tutela giurisdizionale del magistrato sammarinese così agli *incolae ac habitatores* come agli stranieri (Cons. G. e G. 19 ottobre 1915, ora citato, p.6a; Cons. dei Dodici, nelle due decisioni dell'11 gennaio 1963, c.30/1962 e c.460/1961, su pareri di G. Ramoino, *Giur. Samm.* 1965, pp.6s., 8s., proseguendo lungo la via dell'*imitatio* [eius] *quod per Italiam obseruatur*). E' questa una deroga al precetto sancito nel Codice giustiniano 3, 19, 3 (*Actor rei forum, siue in rem siue in personam*

*sit actio, sequitur*), pur vigente quale *ius commune*; e tutti del resto ne vedono la stretta coerenza con il sistema dell'ordinamento sammarinese. Nel quale un'azione intentata per qualunque titolo da uno straniero contro un cittadino sammarinese residente in Repubblica, per diritto comune ricade sotto la giurisdizione dell'organo sammarinese (appunto in virtù di C. 3, 19, 3); e per diritto proprio (*Stat.* 94) ricade sotto la giurisdizione sammarinese l'azione intentata così dallo straniero contro un altro straniero, come dal cittadino sammarinese contro uno straniero, purchè venga dedotta in lite una fattispecie verificatasi nel territorio della Repubblica, o comunque un titolo che abbia costituito un'obbligazione da seguire nel territorio medesimo. Diversamente opinando, si imporrebbe “*al cittadino [...] una condizione notevole di inferiorità rispetto all'estero, ciò che non è all'unisono con lo spirito delle legislazioni statutarie, le quali miravano invece a proteggere [...] il cittadino*” (come osservava T.C. Giannini, *Sommario*, cit., p.30, nel ragionare un problema connesso).

Nei termini della corrente dottrina europea, accolti dalla giurisprudenza decidente sammarinese, quali che siano la nazionalità o il domicilio del convenuto e dell'attore, **competè al magistrato della Repubblica la definizione delle controversie originate da fattispecie prodottesi nel territorio di San Marino, o concernenti obbligazioni da adempiere in questo territorio, per il criterio di collegamento individuato nel *locus contractus* o nel *locus solutionis***. Costanti si rivelano in tal senso le decisioni dello stesso Consiglio dei Dodici: basti ricordare quelle del 13 maggio 1924, c.45/1923 (su parere di G. Ramoino), *Giur. Samm.* 1924, p.4b; 29 dicembre 1961, c.469/1959 (su parere di E. De Mari), *Giur. Samm.* 1964, p.10s.; 11 gennaio 1963, c.30/1962, *Giur. Samm.* 1965, p.6s.; ed ancora 11 gennaio 1963, c.460/1961, *Giur. Samm.* 1965, pp.7-9 (entrambi su pareri di G. Ramoino). Si ricordi che quest'ultima concerneva un'*obbligazione cambiaria [...] rilasciata in San Marino*.

La soluzione del problema sollevato dalla parte convenuta non potrebbe raggiungere la piena persuasività, se il Consiglio lasciasse fuori dalla disamina i rapporti che intercorrono oggi fra i due ordinamenti, cui le parti in causa sono legate dal nesso di cittadinanza. E del resto, per intendere appieno quell'elemento di estraneità, che appunto è la cittadinanza del convenuto, si rende necessario allargare il campo di considerazione. Saggiamente osservava un maestro che “*per decidere se i magistrati di un dato paese siano o non investiti di giurisdizione relativamente a una determinata controversia attinente a rapporti internazionali, si deve, in mancanza delle disposizioni di un trattato che riesca applicabile, prendere in considerazione esclusivamente la lex fori*”, (Cons. dei Dodici, 13 maggio 1924, c.45/1923 [su parere di G. Ramoino], *G.S.* 1924, p.4a); con ciò stesso insegnando che altrimenti accade, quando esista un “*particolare accordo [...] che regoli la giurisdizione dei magistrati di uno dei due Stati sui cittadini dell'altro*” (lo stesso Ramoino, p.4ab). Sarà poi da vedere se l'accordo che regola anche questa materia dia piena soluzione ai problemi; e se la giurisprudenza corrente porti a conseguenza la disciplina pattizia della *competenza internazionale* fra San Marino ed Italia, oppure si limiti a ripetere gli argomenti che era pur solita impiegare prima dell'accordo. Valgano intanto le osservazioni seguenti.

L'art. 11 c.1 della *Convenzione di amicizia e di buon vicinato tra la Repubblica di San Marino e il Regno d'Italia*, sottoscritta il 31 marzo 1939 e resa esecutiva con il D.R. 25 ottobre 1939 n.18, garantendo il trattamento di nazionalità ai sammarinesi e agli italiani anche per quanto attiene al processo civile ed alla giustizia amministrativa, non risolve di certo alcun modesto problema di competenza internazionale: nel conferire la

legittimazione processuale al cittadino di ciascun ordinamento dinnanzi agli organi dell'altro, implica l'attualità del potere giurisdizionale nell'organo giudiziario di ciascun ordinamento verso i cittadini dell'altro. Questa norma per altro innova sull'art. 8 della Convenzione 28 giugno 1897, che pareggiava italiani e sammarinesi riguardo al solo gratuito patrocinio. Ora a quei *forenses* che siano cittadini italiani spetta il trattamento processuale di nazionalità, sancito con l'art. 11 c.1 Conv. 31 marzo 1939; come l'art. 4 della stessa Convenzione attribuisce loro il trattamento sostanziale di nazionalità per quanto riguarda le professioni, il commercio, gli impieghi pubblici. Per loro non sembra possibile eccepire la mancanza di giurisdizione, ma può sollevarsi propriamente un'eccezione d'incompetenza – e quasi, ben s'intende, di incompetenza territoriale interna, per usare la terminologia dell'Anzilotti (parere al Cons. G. e G., 31 luglio 1917, c.34/1917, *Giur. Samm.* 1911-1920, p.9b), non più la tralatizia eccezione di incompetenza internazionale. Così orientata sembra già del resto la giurisprudenza sammarinese fin da quando pronunciava applicando, sulla scorta dell'art. 5 c.3 del codice penale, l'art. 206 di questo (incisivamente modificato ora con l'art. 1 L. 2 febbraio 1994 n.9), non senza ispirarsi per altro all'art. 4 dell'italiana L. 15 dicembre 1990 n.386 come a *lex loci uicinioris*, Basti ricordare la sentenza del T. Comm. 12 giugno 1992, c.953/1991 (un vero *Leiturteil* ampiamente motivato; del resto la giurisdizione sammarinese è stata poi ritenuta dal Giudice di appello per le cause penali sommarie costantemente). Con quest'avvertenza potranno farsi valere ancora oggi, come plausibili, alcuni motivi addotti nelle decisioni del Consiglio dei Dodici, precedenti la Convenzione del 1939.

Detto con altre parole, il D.R. 25 ottobre 1939 n.18, rendendo esecutiva nella Repubblica la Convenzione stipulata con il Regno d'Italia il 31 marzo 1939, per l'art. 11 c.1 di questa ha innovato sulla disciplina statutaria, riformando parzialmente il § 94 dello Statuto, con l'attribuire al *forensis* di cittadinanza italiana tutte le prerogative processuali che spettano al *terrigena seu habitator* sammarinese, cioè la medesima protezione in giudizio, oltre le speciali ipotesi che lo Statuto sancisce. Ed attribuendo in corrispondenza di ciò agli organi giurisdizionali sammarinesi il potere di definire controversie, attivate dal cittadino italiano, come se questi fosse sammarinese; che vuol dire, assoggettando il cittadino italiano alla medesima potestà giurisdizionale cui è soggetto il sammarinese. Ma si badi che la stessa clausola dell'accordo (art. 11 c.1) non deroga ad altre previsioni statutarie, giacchè la norma da applicare per la definizione della controversia resta quella, che verrà determinata alla stregua delle rubriche 18 e 38 (Lib. I, tit.13 e tit.31). Tutti vedono del resto che il problema della competenza internazionale (intesa nel senso corrente di "*potere giurisdizionale di decidere una controversia fra parti, una delle quali [...] straniera*", come ritiene ancora C. Falqui-Massidda, *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.* 1982, p.156) è tutt'altro dai problemi del diritto internazionale privato.

Non conferente l'art. 5 Conv. 31 marzo 1939, modificato con l'Accordo aggiuntivo 28 febbraio 1946 (D.R. 15 marzo 1946 n.10), che può vedersi addotto dal Cons. dei Dodici, 18 giugno 1962, c.356/1961 (su parere di G. Ramoino), *Giur. Samm.* 1965, p.4; ed 11 gennaio 1963, c.460/1961 (ancora su parere di G. Ramoino), *Giur. Samm.* 9165, p.8s., sotto un profilo che non ha rilievo sulla competenza detta internazionale (l'art. 5 di quegli accordi elenca infatti le sole "condizioni", verificandosi le quali si forma in ciascuno dei due ordinamenti un giudicato vincolante nell'altro). Conviene del resto ricordare come il Cons. G. e G., 31 luglio 1917, c.34/1917, *Giur. Samm.* 1991-1920,

pp.9b, 10a, su parere dell'Anzilotti, avesse ben ritenuto irrilevante l'eseguibilità dell'eventuale giudicato ai fini della decisione sulla competenza internazionale. Richiamerà poi genericamente la Convenzione del 31 marzo 1939 e l'Accordo aggiuntivo del 29 aprile 1953 C. Falqui-Massidda, *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.* 1982, p.152.

**L'esercizio della giurisdizione sammarinese, con speciale riguardo alle liti che presentano sì caratteri di estraneità all'ordinamento repubblicano, ma pure tratti di collegamento con esso, è dunque regolato oggi da una pluralità di norme, convergenti in sistema: dallo statuto, da un accordo internazionale e dal diritto internazionale generale, dalla costituzione. Queste norme di scaturigine diversa interagiscono fra loro, tracciando limiti al potere giurisdizionale. I quali sono limiti soggettivi, rispetto alle parti in causa, considerate per la loro cittadinanza; ed oggettivi, rispetto al luogo in cui si produsse la fattispecie dedotta in giudizio, od al luogo in cui sono posti i beni contesi fra le parti. E' questo un tratto che ricorre nella costituzione di ogni Stato moderno: affermando il proprio potere giurisdizionale, ogni Stato sovrano lo ha limitato; e come non può conoscere le controversie a lui estranee, così non rimane indifferente a quelle che, pur estranee, a lui si colleghino variamente. Se in principio ciascuno Stato esercita la giurisdizione sui propri cittadini, ovunque si verifichi la fattispecie da cui prende origine fra loro una lite, o dovunque siano posti i beni contesi; e se in principio ritiene estranea ogni lite che intercorra fra cittadini di altri Stati, presta la sua tutela giurisdizionale però agli stranieri, quando essi abbiano costituito fra loro un rapporto giuridico nel territorio, o nel territorio vengano a trovarsi, oppure nello stesso territorio dello Stato siano entrati in rapporto con un cittadino. E' proprio dello Stato moderno il porsi come un ente sovrano, ma non irrelato agli altri Stati sovrani: i poteri che originariamente gli spettano vengono a modularsi, componendosi armonicamente nell'esercizio con i poteri corrispondenti di ogni altro Stato sovrano, o con quelli di un singolo Stato sovrano. Si colgono perciò il senso delle consuetudini internazionali concernenti l'esercizio della giurisdizione su quelle controversie che si presentino estranee ad uno Stato, ma collegabili ad esso per ragioni attinenti ai soggetti od all'oggetto; ed il senso delle convenzioni fra Stati nella stessa materia. Specialmente si intendono il senso pieno e gli effetti degli accordi intervenuti fra Repubblica sammarinese e Italia.**

Il Consiglio ben vede come una società civile strettamente complementare nelle sue componenti sammarinese ed italiana, di là dal prendere forma in due Stati, si rispecchi nel trattamento di nazionalità, sancito con la Convenzione del 31 marzo 1939 per quanto attiene alle attività dei privati economicamente rilevanti ed agli impieghi pubblici degli stessi privati (art. 4), alla legittimazione processuale dei cittadini per la difesa dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dinanzi agli organi dell'ordinamento e dell'altro (art. 11 c.1), all'assistenza pubblica in genere (art. 41 c.1), alla leva ed al servizio militare (art.57), alla libera circolazione (art. 55). Che è il trattamento di nazionalità, sancito in Italia per ogni *straniero* già con l'art. 3 di quel codice civile che ebbe vigore dal primo gennaio 1866 al 20 aprile 1942. Per l'art. 4 dell'accordo 31 marzo 1939 "*l'Italia concede*" "*in via convenzionale*" quella incondizionata "*equiparazione [dei] cittadini sammarinesi [...] ai cittadini italiani*", che "*a favore degli italiani non regnicoli [era] contenuta in molti ordinamenti del Regno*" prima "*dell'annessione all'Italia delle province redente*": così poteva esprimersi, con trasparente richiamo dell'art. 3 c.c. allora vigente, il Segretario sammarinese agli Affari Esteri nel riferire

sull'Accordo al Consiglio Grande e Generale (citato da M.A. Bonelli, *I rapporti convenzionali italo- sammarinesi*, San Marino 1985, p.577). Come tutti vedono, hanno poi rilievo sui cittadini, ma con riferimento diretto alle funzioni pubbliche ed all'organizzazione di queste, i requisiti per l'instaurarsi di una cosa giudicata opponibile (art. 5; e corollari tratti nell'art. 6), la diretta comunicazione fra gli organi omologhi dei due ordinamenti (artt. 29 c.2, 36 c.2).

Lasciando ai virtuosismi dogmatici degli internazionalisti la costruzione delle clausole raccolte negli artt. 1-3 dell'Accordo 31 marzo 1939, basti considerare l'unità di nazione, come si esprime qui nell'unità di mercato, prendendo forma negli artt. 4 (per campi larghissimi del diritto sostanziale) ed 11 (con riguardo onnicomprensivo al diritto processuale). Questa unità è un dato consistente per sé, trasposto nella disciplina convenzionale; come un dato è la duplicità degli ordinamenti. Si comincia ad intravedere che l'insistita prospettiva internazionalistica preclude la percezione di una realtà così plastica; e che la più diligente prudenza deve sorreggere ogni tentativo di tradurre in linguaggio odierno (*competenza internazionale*) e di trasporre in una casistica minuziosa la scarna disciplina sammarinese. La giurisprudenza novecentesca non sembra ancora sufficientemente consapevole dei propri caratteri: di essere *interpretatio duplex* così delle rubriche statutarie come dei precetti di diritto comune, come ancora delle altre norme vigenti in Repubblica; né attenta quanto dovrebbe al proprio oggetto, né in specie toccata da quel mutamento di esso, che è la disciplina convenzionale fissata nel 1939. Alcuni problemi, che da un secolo vengono affaticando la giurisprudenza decidente sammarinese, scaturiscono dal fatto che le norme considerate (in primo luogo quella sancita nello Stat. 94 [Lib. I, tit.1]) ineriscono a sistemi pre-moderni. Le *leges statutae reipublicae sancti Marini* rispecchiano un mondo, nel quale gli Stati-nazione sono ancora di là da venire (si radicheranno a metà Ottocento), mentre il problema della *competenza internazionale* (come la chiamano) sorge quando si dia una pluralità di Stato nel senso moderno. E del resto, per accennare soltanto a questione affatto differenti, nulla più che "*la matrice di un diritto internazionale privato*" (come scriveva F. Calasso [1959], rist. *Storicità del diritto*, Milano 1966, p.356) potrebbe vedersi nelle dottrine elaborate da giuristi medievali circa lo "statuto reale" e lo "statuto personale".

Chiunque osservi attentamente la realtà vede come lo sviluppo industriale e commerciale di San Marino si accompagni a quello italiano, e trovi forma nelle relazioni giuridiche instauratisi quotidianamente fra cittadini dei due Stati, per quella stessa unità del mercato, cui corrisponde l'unità di cultura e di nazione. Vede come un tale sviluppo dia frequente origine a conflitti tra i privati, che prendono forma di lite dinnanzi all'organo della giurisdizione. Come questi conflitti individuali abbiano valore di sintomo, velando appena un'aporia che è più coinvolgente. Nell'esperienza si complicano infatti l'unità del mercato e la dualità degli ordinamenti: questa nel singolo, cittadino che sia dell'uno o dell'altro Stato, induce la rassicurante certezza di una protezione invalicabile, quella gli consente di intraprendere una gamma illimitata di affari oltre il limite della collettività cui appartiene. Lo schermo del confine, della diversa cittadinanza, rende in molte evenienze estranea la fattispecie a quell'ordinamento, nel quale per altro il soggetto negozia con piena legittimazione. Troppo delicato si fa qui il discorso, per essere proseguito con esempi tratti da una fenomenologia larga: in questa rientra del resto il caso presente. Basti rammentare che dietro quello schermo, dietro l'invalicabile confine tra Stati (lasciato per altro intatto con l'art. 55 della Convenzione 1939) possono trovare facile riparo inclinazioni a contegni meno che corretti; contegni che per altro

nella vicina repubblica la magistratura civile italiana ha sanzionato con esemplare tenacia, imponendo ai riottosi l'osservanza dell'art. 43 c.2 R.D. 21 dicembre 1933 n.1736. Da qui il malessere, sul quale veniva richiamata l'attenzione del Consiglio (nel § 1). Da qui la convenienza di quell'esame di merito, che spetta al magistrato ordinario; e che sarà pure inteso ad acclarare se il presente episodio di una patologia multiforme non abbia tratto spunto da una lettura avventurosa di quella norma, interna all'ordinamento italiano, che è il c.5 dell'ora citato art. 43 R.D. 1736/1933. Dinnanzi a patologie allarmanti, oggi come non mai il Consiglio appare chiamato, non tanto e non solo ad una decisione di specie, quanto ad una delibera di massima.

4. Su queste premesse il Consiglio può vagliare le ragioni addotte dalle parti nelle loro memorie. La convenuta fonda la propria "eccezione di difetto di giurisdizione e/o competenza giudiziaria internazionale" sui rilievi (1) che "l'ente convenuto ha sede a Napoli e quindi fuori del territorio sammarinese", (2) che "la negoziazione degli assegni *de quo* è avvenuta a Napoli" e (3) che "la notifica della citazione ha avuto luogo regolarmente in Italia", senza omettere per altro (4) la considerazione che "trattasi di convenuto forestiero". Con tali motivi in fatto la parte convenuta lueggia gli elementi di estraneità, caratterizzanti la controversia, qualificandoli senz'altro come *forum rei* e come *forum contractus*. Ed asserisce: "non ricorre conseguentemente alcun criterio di collegamento per giustificare la competenza del Tribunale sammarinese". In diritto invoca l'autorità riconosciuta del Giannini, tanto ampia da coprire invero sì la tesi della convenuta, e sì la tesi contraria; e due decisioni di questo Consiglio, che hanno fatto proprio il parere di Pierpaolo Casadei Monti. Alla memoria della parte convenuta si riconoscono volentieri pregi rari, primo fra tutti quello di una concisione che rasenta la tacitiana brevità, se addirittura non attinge i fastigi del laconismo. Per apprezzarla appieno, bastino rapide osservazioni.

Nella presente controversia sono fuori dubbio gli elementi di estraneità, anzi evidenti ad ognuno: la difesa della parte convenuta asserisce ciò che nessuno vorrebbe o potrebbe negare, segnatamente i fatti ora posti in evidenza sotto i numeri (1), (3) e (4). Il punto da discutere e poi decidere è se, fermi restando quegli elementi di estraneità, ricorra però uno fra i "criteri di collegamento, per determinare la competenza del Tribunale sammarinese", che la stessa difesa trova "elencati" in quelle due sentenze che opportunamente adduce (Cons. dei Dodici, 26 febbraio 1969, c.46/1967, *Giur. Samm.* 1964-1969, pp.42-45; e 23 aprile 1970, c.180/1969, lì stesso, pp.55-62, quest'ultima ricordata ora nel § 3). Sul punto la tersa memoria della difesa enuncia la tesi ("nessuno [di essi] ricorre nel caso in esame"), ma deve constatarsi con vivissimo rincrescimento che essa non contribuisce alla discussione recando argomenti, confutando le prevedibili ragioni che sarebbero state poi addotte e illustrate nella memoria di parte avversa. In ciò remissivamente si conforma ad una singolare opinione, contraria alle conseguenze che la tradizione romanistica ha tratto con rigore dal principio ricevuto *Reus in excipiendo actor est* (D. 44, 1, 1). L'opinione sembra professata, ma è piuttosto enunciata per *obiter dictum*, dal Casadei Monti in un parere al Consiglio dei Dodici, 17 gennaio 1975, c.409/1970, *Giur. Samm.* 1970-1980, p.61 (se la stampa è affidabile, in un contesto che tende alla *petitio principii*); ma non perciò diventa plausibile. Il Ramoino poteva offrirne una formulazione diversa (parere al Cons. dei Dodici, 18 giugno 1962, c.356/1961, *Giur. Samm.* 1965, p.4), ancora una volta invocando giurisprudenza straniera ed appoggiandosi al parere dell'Anzilotti (Cons. G. e G., 31 luglio 1917, c.34/1917, *Giur. Samm.* 1911-1920, p.9a, che risulta invero differentemente orientato). E' un'ardua questione d'indole

dogmatica, ma priva di rilievo nel caso presente, giacchè non controversa fra le parti (se ne è perciò accolta qui nel § 3 la formulazione invalsa finora); epperò meritevole di studio. Destinata a presentarsi per altro, finchè si continui a riguardare come prerogativa del convenuto l'atto declinatorio di giurisdizione, e lo si lasci attrarre nel campo delle *exceptiones*, pur quando risultino evidenti quei tratti che lo distinguono dalle puntuali difese in contraddittorio, in merito od in rito che siano, dinnanzi alla domanda dell'attore. Quanto al rilievo numero (2), l'asserto della parte convenuta non può trovare accoglimento, giacchè la fattispecie prodottasi, dove che sia, con la presentazione degli assegni per l'incasso allo sportello di un istituto diverso dalla banca trattaria non vale a modificare quel procedimento che è la loro circolazione, per i motivi ampiamente esposti ora nel § 2. Che poi ad una tale fattispecie si attagli la figura del *contractus*, o piuttosto la fortunata costruzione del *quasi contractus*, una costruzione invero tuzioristica e spesso elusiva, è problema di alta dogmatica e resta un vero *demonstrandum*, anche se lo si vede asserito dalla difesa della parte convenuta; e sfugge all'esame del Consiglio. Ai Dodici quell'evento risulta dagli atti come una mera fattispecie, che inerisce sul procedimento circolatorio degli assegni e non sta all'origine di alcuna distinta vicenda, come sarebbe appunto un *contractus* od un *quasi contractus*. Compito del Commissario sarà accertare ogni fatto rilevante per la definizione del merito e sussumere questo nella categoria meglio appropriata: al Consiglio dei Dodici non è consentito anticipare un tal momento definitorio nella fase preliminare che a lui compete.

Neppure la memoria della parte attrice deve seguirsi, là dove illustra ragioni, che ben dovranno vagliarsi dal giudice di merito. Sull'eccezione sollevata dalla parte convenuta riconosce la difesa della società Titan Services che incombe all'attore l'onere di "indicare il criterio di collegamento scelto per radicare la causa avanti al Giudice sammarinese" e di "provare i presupposti di fatto per l'applicazione del criterio medesimo" (come del resto sembra ammonire da ultimo lo stesso Casadei Monti, nel parere al Consiglio, or ora citato, 17 gennaio 1975, c.409/1970, *Giur. Samm.* 1970-1980, p.61). Individua nel *forum destinatae solutionis* il criterio di collegamento, per cui la parte attrice ha ritenuto di poter radicare la causa dinnanzi al Commissario della Legge, chiarendo a lume di giurisprudenza sammarinese civile e penale che *locus destinatae solutionis* dell'obbligazione assunta dal traente, e "luogo di pagamento degli assegni" sono tutt'uno, vale a dire il "territorio ove ha sede la banca trattaria". Sicchè non potendosi confondere il luogo nel quale vengano "posti all'incasso" gli assegni ed il luogo nel quale "devono considerarsi pagabili", risulta "irrilevante [...] la circostanza che gli stessi assegni siano stati versati [...] presso [uno] sportello bancario sito [...] in Italia".

Non senza indulgere al rassicurante richiamo di una *lex loci uiciniore*, la parte attrice ha bene individuato e succintamente provato nel *locus solutionis* quello che, fra i vari criteri di collegamento canonizzati dalla giurisprudenza sammarinese, radica saldamente la causa dinnanzi al Commissario della legge. Valgono a fondare un tale assunto i vari motivi qui sopra esposti (nel § 2s.) e le precise ragioni che il Consiglio dei Dodici aveva già potuto enucleare nel composito sistema delle norme, da cui è regolato l'esercizio della giurisdizione sammarinese, quando si pronunciò il 13 maggio 1924, c.45/1923, *Giur. Samm.* 1924, p.4b (su parere di G. Ramoino); il 29 dicembre 1961, c.469/1959, *Giur. Samm.* 1964, p.10s. (su parere di E. De Mari); l'11 gennaio 1963, c.460/1961, *Giur. Samm.* 1965, p.8; ed ancora l'11 gennaio 1963, c.30/1962, lì stesso, p.6s. (entrambe le decisioni su parere di G. Ramoino); il 17 novembre 1964, c.13/1964, *Giur.*

*Samm.* 1964-1969, p.43 (su parere di P. Casadei Monti); il 23 aprile 1970, c.180/1969, lì stesso, p.58 (su parere del medesimo); il 17 gennaio 1975, c.409/1970, *Giur. Samm.* 1970-1980, p.64 (di nuovo su parere del Casadei Monti). Decisioni tutte così ben conosciute, così facilmente accessibili – e note in specie alla difesa dell’una e dell’altra parte – che una loro sintesi qui apparirebbe del tutto superflua. I motivi illustrati nel § 2s. specificando, del resto, i principi enunciati dal Consiglio in queste delibere, riconducendo i singolari caratteri dell’ipotesi odierna alle figure tradizionali.

5. Qualunque sia l’apporto costruttivo che le parti hanno offerto con i vari argomenti accennati o svolti nelle loro memorie, alcuni punti fermi risultano al Consiglio dall’analisi attenta dei fenomeni (§ 2) e dall’esame delle norme (§ 3) e dalla considerazione dei fatti non controversi (§ 1). Nessun dubbio che resti fuori discussione il rapporto fra la banca trattaria sammarinese e quella banca italiana, che disattendendo una clausola limitatrice della circolazione liquidò le somme iscritte sugli assegni (non trasferibili) ad un terzo soggetto, diverso dal prenditore lì nominato; come fuori discussione resta, perché presupposto, il rapporto fra il soggetto sammarinese traente e la stessa banca sammarinese trattaria. L’esame deve limitarsi all’evento che ha prodotto il danno sofferto dall’attore; e tendere al solo fine di vagliare così quegli elementi che lo rendano estraneo, come quei profili che al contrario lo colleghino all’ordinamento sammarinese. E per la multidimensionalità che è un carattere precipuo dell’ordinamento sammarinese (§ 3), e risponde bene alla plasticità dell’esperienza, l’esame trasporrà i fenomeni su chiavi diverse, ove necessario per la piena comprensione di essi.

Come del resto abbiamo avuto occasione di osservare (§2), potrà costruirsi l’intera vicenda, conclusa nell’evento qui considerato, sulla problematica analogia della legge sammarinese del 6 febbraio 1882 (a ciò inclinerebbe la parte attrice, sulla scorta del Ramoino); o si riterranno applicabili, nel silenzio delle norme sammarinesi, le consuetudini commerciali in materia, o addirittura le leggi vigenti *in loco uiciniore* – come forse preferirebbe lo stesso Giacomo Ramoino; il quale non si periterebbe di addurre le innumerevoli decisioni di varie istanze italiane, consolidate sulla massima, formulata dalla corte di legittimità: “il pagamento effettivo si verifica [...] con l’addebito nel conto corrente del debitore”; e favorevoli alla “pretesa risarcitoria [...] avanzata non contro la banca trattaria, ma contro altra banca, la quale girataria del titolo ‘per l’incasso’, ne abbia incautamente corrisposto il controvalore a persona diversa dal legittimo prenditore” (Cass. 29 luglio 1974, n.2113; e rispettivamente 17 gennaio 1977, n.218, attingendo a V. De Martino, *Raccolta completa* etc., III, Roma 1984, col.8514, coll.8515, 8522) -. Ed allora si vedrà che non l’evento prodottosi fuori del confine sammarinese, ma il pagamento avvenuto nella sede della banca trattaria, individua nella Repubblica il *locus destinatae solutionis*, determinando la competenza del Tribunale Commissariale a definire la controversia ad esso relativa.

O potrà con prudenza maggiore costruirsi quell’evento, da cui trae origine la controversia presente, sulla figura dell’illecito civile: e questo risulterà svoltosi in due momenti, prendendo inizio altrove ma consumandosi nella sede della banca trattaria; ciò che pure si è dovuto osservare (§ 2). Se, come tutti riconoscono, l’assegno bancario è soltanto un mezzo, con il quale si adempie una perfetta obbligazione, comunque contratta; e se per il rapporto che stringe il traente alla banca trattaria, questa è delegata all’adempimento (nell’ovvio limite della provvista), con effetto liberatorio per il debitore traente. Se come pure si è visto, l’eventuale interpersi di un diverso istituto bancario non muta il procedimento estintivo dell’obbligazione. Se le regole, che a qualunque titolo



disciplinano la circolazione dell'assegno bancario, in corrispondenza alle clausole d'uso, generano nel debitore traente il ragionevole affidamento che la somma da lui dovuta venga pagata al solo creditore trattario, ogni evento distorsivo di quella circolazione fa responsabile il suo autore per *damnum iniuria datum*. Conviene rammentare che dovunque abbia a verificarsi un tale evento, esso produce al traente dell'assegno un danno che consiste nell'emungimento della provvista, da lui costituita presso la banca trattaria: e che l'evento qui si perfeziona, determinando la competenza del Tribunale Commissariale.

## 9.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Francesco Pizzetti), 27 settembre 1994.

Di Pancrazio Sante (Avv. L. Della Balda) : S.A. Karnak (Avv. G.N. Berti) – Causa n. 12, anno 1994.

### **Contumacia – Accettazione tacita della giurisdizione.**

*L'eccezione di incompetenza per territorio, o per mancata giurisdizione internazionale, non può essere proposta in appello da chi era contumace nel primo giudizio.*

*La competenza giudiziaria internazionale dell'autorità giudiziaria sammarinese sussiste in ogni caso di contumacia della parte convenuta. Quest'ultima, non comparendo, accetta tacitamente la giurisdizione dei tribunali di San Marino.*

---

## FATTO E DIRITTO

Con citazione 23 ottobre 1991, la società anonima Karnak, con sede in Chiesanuova, Repubblica di San Marino, conveniva in giudizio davanti al Giudice Conciliatore della Repubblica predetta il Sig. Di Pancrazio Sante per ottenerne la condanna al pagamento della somma di Lire 4.050.000 quale prezzo di forniture di merce.

Nel corso del processo, malgrado le rituali notifiche, il convenuto rimaneva assente.

Con sentenza 21 ottobre 1993, il Giudice Conciliatore dichiarava la contumacia del Di Pancrazio e lo condannava al pagamento, in favore della società attrice, della somma capitale di Lire 3.397.249, oltre gli interessi legali, la rivalutazione monetaria e le spese di lite.

Con atto depositato il 10 gennaio 1994 il predetto Di Pancrazio proponeva appello avverso la citata pronuncia eccependo in via pregiudiziale il difetto di competenza giurisdizionale internazionale del Tribunale sammarinese. Assumeva, in particolare, la mancanza, nella specie, di alcuno dei criteri di collegamento attributivi di tale competenza posto che esso appellante risiedeva in Italia, che nessun contratto si era concluso nella Repubblica di San Marino ed infine che l'eventuale fornitura di merce avrebbe dovuto effettuarsi in territorio italiano.

Aveva, pertanto, inizio la procedura per la decisione delle eccezioni non riservate.

All'udienza del 27 aprile 1994 si costituiva in giudizio la Karnak S.A. che nella memoria depositata il 12/5/1994 contestava la fondatezza dell'eccezione sollevata dalla controparte chiedendone il rigetto con addebito all'appellante delle spese ed onorari di lite.

Gli atti venivano inviati all'Ecc.mo Consiglio dei XII, che, visti gli artt. 2 e 6 della Legge 5/6/1923 n.13, nominava il sottoscritto consulente per la redazione del prescritto parere.

1. Preliminarmente si rileva che è principio consolidato del diritto comune e della giurisprudenza sammarinese che i giudici investiti di una controversia che concerne rapporti internazionali devono risolvere la questione della giurisdizione sulla base della *lex fori*, vale a dire debbono applicare le regole dello Stato a cui appartengono (così, tra le altre: CONSIGLIO DEI XII decisione 17 novembre 1964, soc. AN DECA Company c. Avv. Enrico Roverselli e pronuncia 16 giugno 1948 S.S.G. c. S.M.).

La questione relativa alla fondatezza dell'eccezione in esame va, pertanto, risolta alla luce della normativa vigente a San Marino la quale trova le sue fonti nelle *Leges Statutae* del 1600, in leggi successive, nelle consuetudini locali, nel diritto comune, come interpretato dalla giurisprudenza sammarinese che, consolidata, diventa essa stessa fonte di diritto.

L'eccezione di incompetenza per territorio o mancata giurisdizione internazionale non può essere proposta in appello da chi era contumace nel primo giudizio. Così ha deciso il Consiglio dei XII nella pronuncia 12 agosto 1947 (causa promossa da S.M. c. S.S.G.) che pare al sottoscritto consulente pienamente da condividere.

Il principio esposto trova, invero, il suo fondamento da un lato nella peculiarità e negli effetti della situazione di contumacia; e, dall'altro, nella natura e nelle caratteristiche del gravame interposto dal Di Pancrazio.

Si osserva, in primo luogo, che **secondo la procedura sammarinese** (ricordata nella pronuncia del Commissario della Legge 26/2/1968 in *Giurisprudenza Sammarinese 1962-1969*, n.98, p.384) **la competenza giudiziaria internazionale del Tribunale di San Marino sussiste in ogni caso di contumacia della parte convenuta. Quest'ultima, non comparendo, accetta tacitamente la giurisdizione di San Marino. E' canone generale di diritto che la competenza per territorio non è rilevante per l'ordine pubblico e quindi le parti possono rinunciare ad eccepirne la carenza. Con il suo comportamento processuale assenteistico, l'attuale appellante ha implicitamente manifestato la sua volontà di non far valere l'eventuale carenza di giurisdizione del giudice adito.**

Ne discende sia che il Giudice Conciliatore ha deciso sulla controversia di cui trattasi con piena competenza; sia che il Di Pancrazio, rimasto contumace, non può più far valere nel presente grado di giudizio un'eccezione che, non avendo sollevato tempestivamente, ha rivelato di non aver interesse a proporre.

Quanto, poi, alla fase procedurale in corso, si rileva che **per l'appello contro le sentenze emesse dall'autorità giudiziaria sammarinese si deve, in ogni caso, fare ricorso a detta autorità.** Tale affermazione trova il suo fondamento giuridico nel dettato della *Rubrica II Liber Quartus Leges Statutae "De Appellationibus"*, dal quale si evince che, per l'appello, come per i rimedi straordinari contro le decisioni pronunciate dal giudice della Repubblica di San Marino, si deve far ricorso al giudice delle appellazioni od allo stesso magistrato che ha emesso la sentenza reclamata, e quindi a giudici che fanno parte della predetta Repubblica (vedasi *Leges Statutae Reipublicae*

*Sancti Marini* in *Raccolta Legge e decreti Repubblica di San Marino* rived. Avv. Giannini e Bonelli, Città di Castello, Lapi 1900 pagg. 158 e ss.).

## 10.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Francesco Pizzetti), 27 settembre 1994.

Soc. Coop. r.l. Fercoop (Avv. L. Bacciocchi) : S.r.l. Tecn. A. – Tecnologie Ambientali Laverda (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 417, anno 1993.

### **Contratto – Proposta ed accettazione – Atti prenegoziali – Perfezionamento.**

*La proposta e l'accettazione sono atti prenegoziali che precedono il contratto, il quale si può ritenere perfezionato quando l'una e l'altra si fondano, dando vita ad un'unica volontà.*

*Relativamente ai negozi giuridici stipulati a distanza, nel diritto sammarinese vale la regola secondo la quale i contratti consensuali si perfezionano nel luogo in cui l'accettante riceve la proposta dell'offerente e la fa propria.*

---

## FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione depositato il 2 dicembre 1993, la società Cooperativa Fercoop r.l. conveniva in giudizio davanti al Tribunale Commissariale di San Marino la società TECN.A. - Tecnologie Ambientali Laverda – s.r.l., con sede in Italia, per ottenerne la condanna al pagamento della somma di Lire 30.000.000, oltre interessi, rivalutazione monetaria e spese di lite, somma dovutale per fornitura di merce ordinata e regolarmente consegnata.

La parte convenuta si costituiva in giudizio chiedendo il termine statutario per rispondere e nella udienza del 14 aprile 1994 eccepiva il difetto di competenza giudiziaria internazionale del Tribunale adito.

Iniziava, pertanto la procedura per la decisione delle eccezioni non riservate.

La società TECN.A. - Tecnologie Ambientali Laverda – s.r.l. assumeva la mancanza, nella specie, di qualsivoglia criterio di collegamento attributivo della competenza internazionale e sosteneva che il contratto intercorso tra le parti doveva ritenersi concluso in Italia, Stato nel quale essa società aveva la propria sede legale, dove era avvenuta la consegna della merce e dove se ne doveva eseguire il pagamento.

Parte attrice contestava, a sua volta, la fondatezza della sollevata eccezione, affermando che il contratto doveva ritenersi perfezionato in San Marino.

Gli atti venivano inviati all'Ecc.mo Consiglio dei XII, che, visti gli artt. 2 e 6 della Legge 5 giugno 1923 n.13, nominava il sottoscritto consulente per la redazione del prescritto parere.

1. In via preliminare si osserva che la causa instaurata da una società costituitasi nel territorio di San Marino contro una società avente sede in Italia implica l'applicazione

dei criteri di collegamento utilizzati per riconoscere competenza internazionale alla giurisdizione dei singoli Stati.

**E' principio consolidato del diritto comune e della giurisprudenza sammarinese che i magistrati investiti di una controversia che riguarda rapporti internazionali debbono risolvere il problema della giurisdizione in base della *lex fori*: debbono, cioè, applicare le regole previste dallo Stato a cui appartengono** (C.f.r., tra le altre: Consiglio dei XII, decisioni: 13 maggio 1924, Agenzia Buldrini Giuseppe c. ditta Reffi Luigi e figli e ditta Piazza Mario; 17 novembre 1964, soc. AN DECA Company c. Avv. Enrico Roverselli).

**In base alle *Leges Statutae*, a quelle successive, nonché al diritto comune ed alla consuetudine** – che concorrono a regolare i rapporti di diritto privato nella Repubblica di San Marino – **la parte convenuta straniera (e nella specie quella italiana) può essere citata davanti ai Tribunali sammarinesi in diversi casi. Tra questi ultimi si devono in particolare menzionare il caso dello straniero che ha eletto domicilio nel territorio della Repubblica di San Marino, oppure ivi ha ricevuto a proprie mani la notifica della citazione (*forum rei*); nonché quelli in cui in detta Repubblica è sorto il contratto (*forum contractus*), ovvero le obbligazioni che ne costituiscono l'oggetto devono avere esecuzione (*forum destinatae solutionis*).**

Secondo la giurisprudenza sammarinese, **nel difetto del *forum rei*** – criterio non applicabile nella specie perché la società convenuta ha sede in Italia – **spetta alla parte attrice l'onere di provare l'esistenza degli altri criteri di collegamento** (così: Consiglio dei XII, decisione 26 febbraio 1969).

Nella memoria 19 maggio 1994 la Fercoop r.l. ha precisato che la giurisdizione sammarinese deve ritenersi radicata in base al *forum contractus*; ne discende che l'esame della fondatezza della eccezione sollevata dalla convenuta va approfondito con riguardo a tale criterio di individuazione della competenza.

Entrambe le parti sono concordi nell'affermare che la compravendita da loro stipulata si è conclusa *inter absentes*.

Relativamente ai negozi giuridici stipulati a distanza varie sono state le teorie elaborate dalla dottrina e dalle singole legislazioni positive per determinare il momento ed il luogo di perfezionamento di tali tipi di rapporto e quindi della competenza territoriale e della legge da cui i medesimi devono essere disciplinati. **Secondo il sistema della dichiarazione il contratto si può ritenere concluso quando la dichiarazione di accettazione è semplicemente emessa; secondo il sistema della spedizione, è necessario, perché si verifichi l'incontro delle volontà, che tale dichiarazione di accettazione sia stata almeno spedita al proponente. Per la teoria della ricezione, l'accettazione deve, invece, essere pervenuta al proponente, mentre, infine, per la teoria della cognizione il proponente deve essere venuto a conoscenza di detta accettazione.**

**Nel diritto sammarinese** – come insegna la costante, consolidata giurisprudenza, richiamata da entrambe le parti – **vale la regola secondo la quale i contratti consensuali si perfezionano nel luogo in cui l'accettante riceve la proposta dell'offerente e la fa propria** (C.f.r. tra le altre: Consiglio dei XII decisione 23 aprile 1970 e pronuncia 19 aprile 1967 che contiene ampi ed approfonditi richiami ai pareri degli autorevoli giureconsulti Richeri. Voet e De Luca).

L'applicazione del principio alla fattispecie in esame legittima, alla luce della documentazione prodotta, la conclusione che l'eccezione sollevata dalla società convenuta non è fondata.

La compravendita stipulata dalle parti "per corrispondenza" si è infatti conclusa nella Repubblica di San Marino dove la società attrice, che ivi ha sede, presa conoscenza dell'ordine inviatole dalla società convenuta, lo ha accettato ed ha provveduto a darvi esecuzione.

Va precisato che la proposta e l'accettazione sono atti prenegoziali che precedono il contratto il quale si può ritenere perfezionato quando l'una e l'altra si fondono dando vita ad un'unica volontà. Tale fusione è avvenuta nel caso in esame solo con l'adesione da parte della società attrice all'ordinativo n° 219/92/05 inviatole dalla convenuta.

A nulla rileva che anteriormente a detto ordine la Fercoop r.l. abbia fatto pervenire alla TECN.A - Tecnologie Ambientali Laverda s.r.l. un'offerta alla quale nell'ordinativo in questione viene fatto riferimento. Invero tale offerta della venditrice non è stata accolta integralmente dalla parte acquirente che vi ha apportato in vari punti modifiche e precisazioni dando vita essa stessa ad una nuova proposta che, avendo avuto adempimento, è stata implicitamente accettata.

Confrontando l'offerta n° 24 della Fercoop r.l. con il citato ordine n° 219/92/05 della TECN.A - Tecnologie Ambientali Laverda s.r.l., in atti prodotti appare di tutta evidenza che il secondo ha modificato la prima nei prezzi ed in talune caratteristiche delle macchine compravendute che sono state precisate in modo particolareggiato con un rinvio all'offerta solo per gli "altri dettagli" (vedasi a quest'ultimo proposito voce N.B. dell'ordine in esame).

## 11.

Consiglio dei XII (Consulente Prof. Severino Caprioli), 27 settembre 1994.

S.r.l. I.S.T.A.M. (Avv. Paolo Reffi) : Berti Pier Giorgio (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 186, anno 1992.

**“Declinatio iurisdictionis” – Effetto dilatorio – Irrilevanza.**

**“Forum rei conventi” o “Forum domicilii” – Foro esclusivo.**

*Deve considerarsi irrilevante l'inevitabile effetto dilatorio che una parte eventualmente persegue con l'impiego dell'incidente sollevato della “declinatio iurisdictionis”.*

*L'effetto sospensivo di questa eccezione consegue a quello devolutivo e manifesta anche il carattere pregiudiziale della relativa questione.*

*E' perciò evidente che non ha rilievo l' “animus” che possa indurre una parte ad eccepire l'incompetenza giudiziaria internazionale.*

*La giurisprudenza sammarinese proietta su un solo piano figure che appartengono, per origine e per funzione, ad ambiti distinti, ordinate in una successione conforme al sistema del diritto comune; criteri di collegamento le appaiono così il “forum rei sitae”, come il “forum rei conventi”, sfumando ogni differenza pur netta di struttura e di grado.*

*Eppure è più che noto che in diritto comune la regola è dettata dal “forum rei Conventi”, mentre fanno eccezione il “forum contractus”, il “forum destinatae solutionis” ed altri ancora.*

*Nell’ordinamento sammarinese un’azione intentata, per qualunque titolo, da uno straniero contro un cittadino sammarinese, residente in Repubblica, per diritto comune ricade sotto la giurisdizione sammarinese.*

*Inequivocabilmente il “forum riconventi”, o “forus domicilii”, è esclusivo.*

*Radicare altrove la causa è stravolgere “l’ordo iuris”, le regole di un giusto processo.*

*Conviene infatti allo stesso attore instaurare la lite dinanzi al magistrato di quell’ordinamento, cui l’altra parte sia soggetta.*

*E’ principio generale di diritto che il giudice naturale di ogni cittadino sia il giudice dello Stato, cui il cittadino appartiene, e dove abbia il suo domicilio o residenza.*

*Soltanto quando il titolo di competenza non sia il domicilio del convenuto, si procede a verificare i presupposti di titoli diversi, la prova di questi spettando all’attore.*

---

## FATTO E DIRITTO

La S.T.A.M. s.r.l., con sede in Viale della Siderurgia, Pomezia in provincia di Roma, rappresentata dall’Avvocato Paolo Reffi, con atto del 10 settembre 1992 citava dinnanzi al Tribunale Commissariale il signor Pier Giorgio Berti, domiciliato in Via Giovanni da Legnano, 25, Cailungo, per sentirlo condannare alla restituzione della somma di L. 40.000.000. con gli interessi al tasso legale, con il risarcimento dei danni conseguenti alla svalutazione della moneta, con il pagamento delle spese di giudizio e degli onorari.

Costituitosi il convenuto nell’udienza del giorno 8 ottobre 1992, rappresentato dall’Avvocato Gian Luigi Berti, eccepiva preliminarmente l’incompetenza dell’autorità giudiziaria sammarinese. Il Tribunale Commissariale concedeva alle parti quattro giorni utili “per dire dedurre e controdedurre in merito all’eccezione”. Il fascicolo di causa documenta con la vivacità delle scritture d’udienza il dibattito fra le due difese, la prima sostenendo “l’assoluta infondatezza dell’eccezione di incompetenza territoriale, sollevata [...] a fini meramente dilatori”; la seconda proponendo ed ottenendo l’escussione di testimoni in appoggio all’asserita competenza della magistratura italiana: di nuovo la prima contrastando l’ammissione delle testimonianze, ed invocando a tal fine l’esercizio di quel potere direttivo che lo Statuto assegna al giudice (Lib. II, tit. VI, § 121), e presentando documentazione sufficiente a far risultare la cittadinanza ed il domicilio sammarinesi del convenuto, e rilevando che per la richiesta di prove testimoniali la difesa del convenuto si era inoltrata nel merito della causa e veniva radicando perciò questa presso il Tribunale Commissariale, e per altro corroborando con documenti l’osservazione degli intenti dilatori che animavano la difesa Berti. Finchè la stessa difesa dell’attrice con atto del 4 novembre 1993, per motivi la cui plausibilità era tanto palese, da incontrare un cordiale apprezzamento nella difesa del convenuto, domandava la sospensione della causa fino al termine del mandato reggenziale di cui risultava investito il patrono del convenuto. Disposta la sospensione con provvedimento commissariale del 26 novembre di quell’anno. Con atto del 14 aprile 1994 la difesa dell’attore domandava che la causa riprendesse il suo corso e che il Commissario della Legge trasmettesse il

fascicolo al Consiglio dei Dodici per la decisione prevista dall'art.2 numero 3 della L. 5 giugno 1923 n.13.

Nominato consulente con la delibera consiliare numero 2015 del 9 giugno 1994, per gli effetti di cui all'art. 6 L. 5 giugno 1923 n.13, avendo ricevuto il fascicolo della causa il giorno 2 del corrente mese di agosto, rendo al Consiglio dei Dodici il mio parere.

1. La frequenza con la quale il magistrato sammarinese di merito vede insorgere dinnanzi a sé incidenti declinatori della sua giurisdizione, che per statuto e per legge impongono una meditata delibera al Consiglio dei Dodici – giacché l'art. 2 numero 3 L. 5 giugno 1923 n.13 detta nuova disciplina per l'osservanza delle *Leges Statutae*, §§ 95 e 115 (Lib. II, titt. 2 e 3) sancendo l'esclusiva competenza del Consiglio dei Dodici – non può rendere incline questo collegio a trattare con indifferenza ciascuno di tali incidenti, come fosse un episodio fra mille di un rito cui la stessa ripetizione toglie significato: ma deve piuttosto indurlo ad esaminarne ciascuno con attenta discrezione. A tal fine gioveranno alcune avvertenze preliminari.

Sarebbe inutile, oltre che sviante, in primo luogo insistere sull'effetto dilatorio delle questioni di competenza giudiziaria internazionale. Bene Dionisio Anzilotti lasciava cadere questa considerazione, perché ovvia (parere al Consiglio Grande e Generale, 31 luglio 1917, c.34/1917, *Giur. Samm.* 1911-1920, p.8a). Eppure essa ricorre anche oggi nel dibattito immediato fra le parti, in udienza, e nelle loro memorie: come allora. Conviene accantonarla di nuovo, perché troppo larga: si attaglia ugualmente bene non soltanto ad ogni strumento processuale consentito dalle norme alle parti in giudizio, ma addirittura allo stesso processo. In uno Stato di diritto, che ai privati riserva la cura dei loro interessi, né al magistrato ordinario, né al Consiglio dei Dodici è consentito sindacare i motivi che inducano una parte del rapporto processuale ad impiegare questo o quel mezzo al fine di difendere, come che sia, i propri interessi: né conoscere i fini ulteriori o secondi, concernenti i rapporti di diritto sostanziale, cui possa mirare il privato attraverso la lite, nel corso di questa o sulla soglia di essa. Nell'ordinamento sammarinese peraltro l'effetto sospensivo dell'eccezione d'incompetenza giudiziaria internazionale consegue a quello devolutivo, sancito nelle *Leges Statutae* (§ 115) e risolvendosi nell'incompetenza del giudice adito per la decisione sul mezzo; e manifesta insieme il carattere pregiudiziale della relativa questione, pure scolpito nello statuto (§ 95). Ognuno vede come questa ragione tolga rilievo all'*animus* che possa indurre per avventura una parte ad eccepire l'incompetenza giudiziaria internazionale.

Ma una seconda avvertenza s'impone, per quanto ovvia: se come ognuno vede, la competenza internazionale è "il potere [...] di decidere una controversia fra parti, una delle quali almeno straniera" (C. Falqui-Massidda, *Riv. Trim. di dir. e proc. civile* 1982, p.156; cfr. p.158), l'incidente detto negli Statuti *exceptio declinatoris iurisdictionis* (Stat. § 95 [Lib. II, tit. 2], con un palese calco da C. 3, 13, 7 pr.) merita sempre di venire esaminato e risolto con tutti i riguardi dovuti, come fenomeno che attualmente o potenzialmente investe non soltanto le relazioni giuridiche fra privati, ma i più ampi e delicati rapporti fra due ordinamenti.

Se infine l'ordinamento sammarinese ignora il precedente giudiziale in senso proprio, come ha potuto osservare di nuovo Peter Stein esaminando magistrali decisioni del Ramoino (*Civil law reports and the case of San Marino*, nella *Festschrift Wieacker*, Ebelsbach 1985, pp.334-338: già T.C. Giannini, *Archivio giuridico* 1901, I, p.143 n.1), non disconosce però *consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem* (come dire "la consuetudine o l'osservanza di una giurisprudenza costante

e ininterrotta” [D. 1. 3. 38], dove Callistrato impiega un’endiadi pregnante), quasi attribuendo ai *decisa* una “funzione di orientamento e di indirizzo ermeneutico” (Cons. dei Dodici, 12 luglio 1985, c.693/1982, *Giur. Samm.* 1981-1990, p.48, su parere di G. Gualandi). Il che sbocca talvolta in vere aporie: una di queste può vedersi accennata da C. Falqui-Massidda, quanto all’impiego di argomenti tolti dalla motivazione di un parere su problemi di competenza giudiziaria internazionale, per motivare su problemi di diritto internazionale privato (cit., p.158s). Ridurre la ripetizione di precedenti, coacervati senza la doverosa discrezione, sarebbe contravvenire alla logica stessa del diritto comune, che vuole “fondate sulle norme le sentenze, non sui giudicati simili” (*non exemplis sed legibus iudicandum est*: come tutti sanno, gli *obiter dicta* di Giustiniano [qui C. 7, 45, 13] hanno qualità di precetto), od alla logica senz’altro, e non soltanto a quel principio dell’ordinamento sammarinese che fa “indipendenti nell’esercizio delle loro funzioni” tutti “gli organi del potere giudiziario” (art. 3 c.4; cfr. l’art. 15 c.3 L. 8 luglio 1974 n.59). Senza mirare ad un *revirement* nella costante giurisprudenza del Consiglio dei Dodici, anzi al fine di consolidarla sciogliendo le pastoie che ne rallentano il passo, il consulente richiamerà l’attenzione dei Dodici sulla necessità di restaurare con determinazione pacata i caratteri originari dell’ordinamento repubblicano, di là da quell’*imitatio* che gli statuti dichiararono per una fattispecie caratterizzata da singolarità (*Stat.* § 456 [Lib. II, tit. 64]), con ciò escludendola fuori di questa.

2. Il consulente risparmierà al Consiglio la tediosa lettura di un’esposizione irta di riferimenti dotti. Molti decenni di delibere consiliari, che accolgono e fanno propri gli elaboratissimi pareri richiesti in virtù dell’art. 2 numero 3 L. 13/1923, si vedono documentati sulle pagine di una preziosa rivista; e non il caso ha voluto che il primo volume della *Giurisprudenza Sammarinese* recasse ad apertura un *consilium* di quel maestro che fu Torquato Carlo Giannini (Consiglio Grande e Generale, 25 luglio 1912, c.3/1912, *Giur. Samm.* 1911-1920, p.3s.). Giurisprudenza consolidata, come talvolta si ama dire (“correntemente accettata ed ormai più che consolidata” la ritiene il Consiglio dei Dodici, 21 gennaio 1983, c.44/1980, in *Giur. Samm.* 1981-1990, p.153; ed ancora 12 luglio 1985, c.125/1984, lì stesso, p.163), che il Consiglio ben conosce come propria, e ben conoscono i patroni delle parti. Più di ottant’anni sono trascorsi da quel memorabile incidente risolto con il parere del Giannini, eppure molti cittadini continuano a non trovare certezze appaganti nella pur consolidata giurisprudenza, se le *declinatoriae iurisdictionis* risultano così frequenti. Non sembra da escludere che il concrescere della giurisprudenza su se stessa contribuisca a slontanare le fonti, cui pure essa doverosamente attinge. Conviene muovere da queste.

Del resto il Consiglio dei Dodici ormai si è familiarizzato con quelle *auctoritates*, che le parti nelle loro memorie, ed i consulenti nei loro pareri, sogliono addurre prendendo esempio da Vittorio Scialoja (G.d.A., 12 agosto 1924, c. 69/1922 e c. 6/1922, *Giur. Samm.* 1924, pp.16-18, 19-21) e quasi mirando a superare il maestro; la giurisprudenza sammarinese in tema di *declinatoria iurisdictionis* è come un gran coro saliente, dove fanno risonare alte le loro voci Alberico da Rosate e Baldo degli Ubaldi, Paolo di Castro e Giason del Maino, Benvenuto Stracca e Ugo Donello e Antonio Fabro e Ugo Grozio, Ansaldo degli Ansaldo, Francesco Salgado e Giovan Battista De Luca, Giovanni Voet e Angelo Scialoja e Tommaso Carlevari e Tommaso Maurizio Richeri - ed irrompe la voce di Domenico Alberto Azuni -; tutti maestri ricercati e compulsati e soppesati - e magari scelti, come pure è accaduto, secondo il criterio della *maior pars* (Cons. dei Dodici, 17 novembre 1964, c. 13/1964, *Giur. Samm.* 1964-1969, p.34; 23 aprile 1970, c. 180/1969,



li stesso, p.61), teorizzato da antichi maestri per l'individuazione dell'*opinio communis* -. La casistica defatigante, esplorata da quei classici o tardi scrittori del diritto comune, che si ama addurre a fondamento delle decisioni – trascorrendo fiduciosamente da un autore del quattordicesimo secolo ad uno del diciottesimo – non si giustifica se non quale tentativo di rappresentare in un quadro sinottico le eccezioni alla regola scritta nel Codice giustiniano. La quale fa inerente al *iuris ordo* la competenza determinata dal *forum rei conuenti*. Questa è necessario non perdere di vista, anche se non percepita abitualmente come il centro da cui soltanto può muovere ogni sviluppo. Da questa il Consiglio deve rifarsi.

La pur attenta riduzione a massime di un parere ammirevole reso da Dionisio Anzilotti al Consiglio Grande e Generale (delibera già citata del 31 luglio 1917, c. 34/1917, *Giur. Samm.* 1911-1920, pp.7-10), e la successiva circolazione di tali massime sulle pagine di quella che resta ancora oggi la sola guida nei meandri della procedura civile sammarinese - ed è l'edizione ramoiniana di T.C. Giannini, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese* (Firenze 1901, p.24s.), curata da F. Viroli, San Marino 1967, p.30s. -, congiunta al bisogno di certezza – reso più stringente da quella solitudine del giurista sammarinese su cui ho richiamato più volte l'attenzione – genera ancora oggi fenomeni ottici distorsivi. Questi tolgono al sistema sammarinese il carattere che è suo proprio, disponendo su un solo piano figure distinte, cancellando i nessi da cui sono connotate. La grande dottrina del diritto comune, classica o tarda che sia o addirittura recente, il suo rispecchiarsi come proseguendo nella giurisprudenza sammarinese del nostro secolo, si riducono ad una precettistica in cui confidano molti - e non altrimenti potrebbe essere -. Ora quella precettistica pone sul medesimo piano regole risalenti, cui spetta rango diverso. E con il suo *latinorum* omologa il *forum rei*, il *forum contractus*, il *forum destinatae solutionis*, il *forum gestae administrationis*, il *forum rei sitae*, il *forum successionis* e via enumerando; li giustappone, e prende in prestito la figura del *criterio di collegamento* e sotto questa li colloca senza differenza alcuna; il canone ricevuto presenta la struttura perciò di un insieme indiscreto, e gli elementi di questo risultano connessi dalla locuzione prepositiva *accanto a*, tolta con eccesso di confidenza dalla prosa compendiaria dell'Anzilotti (Cons. dei Dodici, 26 settembre 1960, c. 465/1959 [G. Ramoino], *Giur. Samm.* 1964, p.6; 18 giugno 1962, c. 356/1961 [G. Ramoino], *Giur. Samm.* 1965, p.4; T. Comm. 29 agosto 1962, c. 214/1962, *Giur. Samm.* 1965, p.199; 21 gennaio 1983, c. 44/1980 [P. Peruzzi], *Giur. Samm.* 1981-1990, p.153). Sia detto come fra parentesi, il parere di quel maestro rimane appunto memorabile per il singolare sfalsamento di motivo e conclusione: schiettamente intuitiva e pienamente appagante, questa ben avrebbe potuto raggiungersi con un mezzo elementare, conducente al medesimo fine e coerente al sistema (il foro esclusivo dell'amministrazione pubblica, riconosciuto negli ordinamenti a diritto comune, tanto da sopravvivere alle codificazioni in molti Paesi europei: un'ampia fenomenologia per i secoli del diritto comune classico raccoglieva A. Pertile, *Storia del diritto italiano* VI, 1, Torino 1900, pp.154-157). Un'identica fortuna avrebbe lungamente arreso ad un parere di Vittorio Scialoja, 27 aprile 1905 (rist. *Giur. Samm.* 1963, p.181), per quanto concerne il vagheggiato effetto sospensivo della *restitutio in integrum*: basti leggere la magistrale *Relazione* di Guido Astuti sui problemi istituzionali dell'ordinamento sammarinese, [Roma, 1972], ripr. anast. San Marino 1993, pp.62s., 126 (con le mie corrispondenti note 55s., 130). La vicenda si conclude con la delibera del Consiglio Grande e Generale, 6 settembre 1990, *Giur. Samm.* 1981-1990, p.106s., dove è tracciata la via diretta (su questa linea P.

Peruzzi, *Miscellanea* dell'Istituto Giuridico Sammarinese, 1 febbraio 1991, pp.94-97). Fuori parentesi conviene segnare due osservazioni: quella casistica è un fenomeno di *interpretatio*, nel senso pregnante da poco venuto in luce (*Digesto* IV edizione, X, Civile, Torino 1993, pp.13-25); ed uno studio attento mostrerà come quei criteri di collegamento, distillati negli alambicchi della dottrina, si riducano alle ipotesi giustiniane. La stessa casistica, puntigliosamente ripercorsa nelle dotte sentenze, esprime quella mentalità che taluno qualificherebbe, con brutta parola, codicistica (ma l'*imitatio* proseguita dal Ramoino [§ 4] si distingue per altri connotati).

Nella sua affannosa ricerca di certezze, la giurisprudenza sammarinese proietta su un solo piano figure che appartengono per origine e per funzione ad ambiti distinti, ordinate in una successione conforme al sistema del diritto comune; e tutte costringe in un calco dottrinale: *criteri di collegamento* senz'altro le appaiono così il *forum rei sitae* come il *forum contractus*, il *forum destinatae solutionis* e via discorrendo. Eppure tutti sanno che il diritto comune è sistema, e sistema è concorso di discipline, e nesso fra queste in primo luogo; è *gradazione* di norme (per usare la parola di Calamandrei) con riguardo all'ambito della loro applicabilità in relazione ai diversi campi dell'esperienza. E' rapporto fra norme competenti ad ordinamenti diversi, ma incidenti sul medesimo fenomeno. Non fa meraviglia, se un maestro nell'indagine del diritto comune si indirizzò all'esame del *rapporto* fra i due *criteri* "per determinare la giurisdizione – competenza", tra il *forum rei* ed il *forum contractus* (G.d.A. 6 gennaio 1979, c. 159/1976, *Giur. Samm.* 1970-1980, p.204), che si risolve nel nesso fra due ordinamenti nell'ordine dell'effettività. Conviene rifarsi da quella sua lezione inascoltata.

3. Tali osservazioni, e l'ultima in specie, guidano ad un apprezzamento attento del caso, consentendo di risolvere con prudenza le questioni sottoposte alla delibera del Consiglio. Non prima di aver sciolto il dubbio cruciale, quello che riguarda l'ammissibilità dell'eccezione apposta dal convenuto Berti; chè anzi ognuno vede come queste osservazioni sospingano oltre la soglia delle lite. Ma su questa conviene sostare.

Irrelevante dovendo considerarsi l'inevitabile effetto dilatorio dell'incidente sollevato con la *declinatio iurisdictionis* – e come si è visto nel § 1, irrilevante il fine dilatorio eventualmente perseguito da una parte con l'impiego di un tal mezzo – sicchè nessun appoggio fornirebbe ad una tesi dell'attore quel principio invocato dinnanzi al Commissario, che trova espressione nello Statuto (§ 121, il quale del resto non regola l'attività del Consiglio), sta in fatto che questa eccezione fu tempestivamente presentata dalla difesa del convenuto *in limine litis* (come impone del resto C. 3, 13, 4). Potrebbe sembrare che il dibattito fra le parti, quale risulta dagli atti della causa, già sia progredito nel merito dinnanzi al Tribunale Commissariale, sicchè precluso ne risulterebbe l'incidente sollevato con l'eccezione, come sostiene ovviamente la difesa dell'attrice, od almeno improcedibile per successiva acquiescenza; ma non di meno risulta che le prove offerte dinnanzi al Commissario dal convenuto, e raccolte in atti, concernono circostanze di fatto, sulle quali si appoggia la stessa eccezione d'incompetenza: tendono a dimostrare il fondamento, di questa, senza recare pregiudizio al merito della controversia. Ammissibile perciò in piena coscienza riterrà il Consiglio l'eccezione sollevata dal convenuto Berti, considerata sotto il mero profilo del rito. E meritevole di esame attento – si deve aggiungere qui, oltrepassando il ristretto ambito del rito, quasi del galateo processuale – sotto il riguardo del fondamento, considerato il buon *fumus* che la circonfonde, che tutto promana da quella *consolidata giurisprudenza*.

Se inammissibile dovesse ritenersi, la *declinatoria iurisdictionis*, osservata sotto più ampi riguardi, ciò risulterebbe da un'attenta disamina di questa nel merito. Giacchè una risposta adeguatamente ponderata alla domanda, se l'eccezione d'incompetenza giudiziaria internazionale opposta dal convenuto Berti si appoggi a solide fondamenta, potrebbe indurre ad opinare diversamente anche sotto il profilo dell'ammissibilità.

4. Due norme, espressive della costituzione sammarinese risalente ai secoli dell'età media e consacrata nello Statuto, scolpiscono in perfetta simmetria il potere giurisdizionale dei Capitani e la soggezione dei cittadini, originari e residenti, a questo potere - riservata come è ovvio la giurisdizione ai Capitani, con esclusione di ogni altro ufficio pubblico; e per altro riservata agli organi ecclesiastici ogni controversia, di cui sia parte un chierico (*Stat.* 282 [Lib. II, tit. 34]; norma caduta in desuetudine, oppure travolta dalla L. 27 aprile 1912 e dal suo regolamento; quella e questo, solo in parte abrogati espressamente dall'art. 1, 1 dell'Accordo 30 aprile 1992, ratificato con il D.R. 30 giugno 1992 n.47) -. Superfluo ricordare al Consiglio che i poteri giurisdizionali, spettanti per statuto ai Capitani Reggenti, da tempo quasi immemorabile vengono esercitati dal Commissario della Legge; poteva constatarlo per tutti chi si fece osservatore attentissimo dell'esperienza sammarinese nella svolta fra Otto e Novecento (T.C. Giannini, *Sommario*, cit., p.18); e di nuovo lo stesso Consiglio Grande e Generale, facendo proprio il parere di S. Cherici con la delibera 19 ottobre 1915, c. 66/1914 (*Giur. Samm.* 1911-1920, p.6a).

Dall'un canto i cittadini originari ed i residenti (*terrigenae seu habitatores*), che siano *saeculares personae*, debbono far valere le proprie pretese in materia di obbligazioni, di diritti reali o di altri diritti, come pure in materia *criminalis* o *mixta*, dinanzi ai Capitani; e non già ai titolari di uffici diversi (*Stat.* 279 [Lib. II, tit. 34]). Ciò anche uando la controversia fra *terrigenae seu habitatores* abbia per oggetto una cosa posta in terra straniera, o tragga origine da un illecito civile o penale commesso in terra straniera (*Stat.* 280 [Lib. II, tit. 34]). Impossibile sopravvalutare la norma recata da *Stat.* 279 [Lib. II, tit. 34], che ha rango costituzionale, perché distinguendo contrappone la prerogativa giurisdizionale, radicata in un solo organo della collettività, ad ogni altra funzione, pure esplicita da quello stesso o da altri organi della Repubblica (finchè non ci si avvezzerà a percepire il carattere costituzionale di questa norma, se ne trarranno illazioni talvolta contrarie al sistema: per un *obiter dictum* nella decisione del 12 luglio 1985, c. 125/1984, *Giur. Samm.* 1981-1990, p.164, si veda il § 5).

Dall'altro canto, i Capitani – oggi i magistrati sammarinesi di primo grado, come si ricordava – debbono esercitare il proprio ufficio di *judices* in materia civile tra privati individui (*singulares personae*) ed enti; come pure tra uno di questi *incolae ac habitatores* tra *forenses*, che abbiano posto in essere una fattispecie civile nel territorio della Repubblica (*Stat.* 94 [Lib. II, tit. 1], 251 [Lib. II, tit. 27]). Conviene ricordare che *forensis* nella prosa delle *leges statutae* vale quanto “*non subiectus iurisdictioni Sancti Marini*” (*Stat.* 522 [Lib. III, tit. 13]). Si consideri attentamente l'unità della disciplina nella coerenza dei suoi due aspetti (si vedrà che non sussiste l'antinomia fra *Stat.* 94 [Lib. II, tit. 1] e *Stat.* 279 [Lib. II, tit. 34] paventata da T.C. Giannini, *Sommario*, cit., p.29 n.10). Il mancato esercizio della funzione giurisdizionale, il *iustitiam denegare*, merita la sanzione irrogata con (*Stat.* 281 [Lib. II, tit. 34]). E si aggiunga: ciò che è stabilito per la cognizione in primo grado, vale anche per quella in secondo grado (*Stat.* 281 [Lib. II, tit. 34]). E si aggiunga pure: contro i *forenses* presenti nella Repubblica, debitori per un titolo qualsiasi verso i *terrigenae* (*Stat.* 249 [Lib. II, tit. 26]), e viceversa

(Stat. 250 [Lib. II, tit. 26]), gli atti esecutivi spettano agli stessi magistrati della Repubblica.

La soggezione di *quaelibet persona laica* originaria di San Marino al potere giurisdizionale dei Reggenti in primo grado, e degli *iudices appellationum* in secondo, è un carattere della costituzione che pervade l'intero ordinamento. Le norme ora evocate non si intendono fuori del nesso che le coordina ad altre. Un'attenta ricognizione del sistema sammarinese pone in luce lo strato sommerso, quel *liber tertius maleficiorum*, che si vuole e senz'altro è abrogato dal 15 settembre 1865 per l'entrata in vigore del codice penale (art. 2 D.R. 15 settembre 1865: "*cessano da ogni vigore le precedenti leggi statutarie [...] relative a materie penali per quei casi che sono nello stesso codice preveduti*") [con distinzione perspicua fra *materie* e *fattispecie*]. Cfr. T. Comm. 28 marzo 1958, proc. 665/1957, *Giur. Samm.* 1964, p.348; e del resto T.C. Giannini – M. Bonelli, *Raccolta delle leggi e decreti* etc., Città di Castello 1900, p.120 n.1). In stretta coerenza con il tit. 34 del Libro II (§ 279), il tit. 26 del Libro III commina la sanzione penale a qualunque *persona laica* originaria di San Marino osi *agitare lites tam ciuiles quam criminales* non dinnanzi ai Reggenti in primo grado, agli *iudices appellationum* in secondo (§ 544). La soggezione al potere giurisdizionale esercitato da questi è una specie del generale dovere di *respondere, obedire et parere* al Comune e ad ai suoi organi (enunciato nel medesimo § 544). La riserva giurisdizionale si espande con simmetria: una sanzione penale viene comminata al cittadino che *extra territorium* trascini un residente o uno straniero in giudizio dinnanzi ad un giudice, quale che sia, per una fattispecie civile verificatasi *in terra Sancti Marini* (§ 545). Qui di nuovo si staglia la contrapposizione fra *nostrum tribunal* ed *aliena tribunalia*, che sotto altro riguardo è già fissata nel § 66s. delle *leges statutae* (Lib. I, tit. 40).

Compete dunque alle autorità sammarinesi esercitare la giurisdizione sui cittadini nelle liti fra loro. Sugli stranieri, quando questi si facciano attori in Repubblica, trascinando in giudizio un sammarinese; e quando fra stranieri sorga controversia per un'obbligazione, la cui fattispecie si sia verificata in Repubblica. Tutto ciò esprimeva già elegantemente in formula il Consiglio Grande e Generale, dichiarando: "(a) *La giurisdizione sammarinese è competente nelle controversie di qualunque genere intercedenti fra cittadini, sieno questi persone singole, sieno comunità, università, collegi ecc. (b) La giurisdizione sammarinese è competente nelle cause di qualunque genere intentate da forastieri contro cittadini o persone domiciliate nella Repubblica (incolae ac habitatores) [...] (c) La giurisdizione sammarinese è competente nelle cause tra forestieri, che riguardino obbligazioni nascenti da contratti conclusi o da fatti avvenuti nel territorio dello Stato (contraxerint uel quasi)*" (31 luglio 1917, c.34/1917, su parere di D. Anzilotti, *Giur. Samm.* 1911-1920, p. 8b). Per le ipotesi (b) e (c), in quanto presenti in Stat. 94 [Lib. II, tit. 1], ancora si legga il Cons. G. e G., 19 ottobre 1915, c.66/1914 (su parere di S. Cherici), *Giur. Samm.* 1924, p.6a (che poneva in luce la tassatività delle ipotesi). Un'esposizione didascalica potè offrire il Consiglio dei Dodici, 13 maggio 1924, c.45/1923 (su parere di G. Ramoino), *Giur. Samm.*, 1924, p.4b (da integrare con l'estratto in T.C. Giannini, *Sommario*, citato, p.29 n.8), che prendeva lo schema e addirittura il tenore dagli artt. 91, 94s., 98, 100, 105-107 c.p.c 1865; episodio memorabile di quella *imitatio*, che sembrò codificare nell'antica San Marino il vigore della *lex loci uiciniore* (Stat. 456 [Lib. II, tit. 64]), da rileggere con le cautele suggerite da A.C. Jemolo in un parere *pro ueritate* del 1937, edito nella *Miscellanea* dell'Istituto Giuridico Sammarinese, 1, 1991, p.146. Su questa linea di mimetismo persisterà G.

Ramoino (Cons. dei Dodici, 26 settembre 1960, c.465/1959, *Giur. Samm.* 1964, p.6; ed 11 gennaio 1963, c.460/1961, *Giur. Samm.* 1965, p.8s.); e lo seguirà G. Mazza (Cons. dei Dodici, 26 settembre 1960, c.410/1958, *Giur. Samm.* 1964, p.8). Un'altra esposizione didascalica darà lo stesso Consiglio dei Dodici, 23 aprile 1970, c.180/1969, *Giur. Samm.* 1964-1969, p.57s. (su parere di P. Casadei Monti).

Per una schietta consuetudine, la cui ragionevolezza nessuno potrebbe oppugnare, conforme per altro alla gradazione dei precetti sancita nello *Stat.* 18 (Lib. I, tit. 13), 38 (Lib. I, tit. 31), 144 (Lib. II, tit.6), l'ipotesi (c) offre la tutela giurisdizionale del magistrato sammarinese così agli *incolae ac habitatores* come agli stranieri (Cons. G. e G. 19 ottobre 1915, ora citato, p.6a; Cons. dei Dodici, nelle due decisioni dell'11 gennaio 1963, c.30/1962 e c.460/1961, su pareri di G. Ramoino, *Giur. Samm.* 1965, pp.6s., 8s., proseguendo lungo la via dell'*imitatio [eius] quod per Italiam observatur*). E' questa una deroga al precetto sancito nel Codice giustiniano 3, 19, 3 (*Actor rei forum, siue in rem siue in personam sit actio, sequitur*), pur vigente quale *ius commune*; e tutti del resto ne vedono la stretta coerenza con il sistema dell'ordinamento sammarinese. Nel quale un'azione intentata per qualunque titolo da uno straniero contro cittadino sammarinese residente in Repubblica, per diritto comune ricade sotto la giurisdizione dell'organo sammarinese (appunto in virtù di C. 3, 19, 3); e per diritto proprio (*Stat.* 94) ricade sotto la giurisdizione sammarinese l'azione intentata così dallo straniero contro un altro straniero, purchè venga dedotta in lite una fattispecie verificatasi nel territorio della Repubblica, o comunque un titolo che abbia costituito un'obbligazione da eseguire nel territorio medesimo. Diversamente opinando, si imporrebbe "*al cittadino sammarinese [...] una condizione notevole di inferiorità rispetto all'estero, ciò che non è all'unisono con lo spirito delle legislazioni statutarie, le quali miravano invece a proteggere [...] il cittadino*" (come osservava T.C. Giannini, *Sommario*, cit., p.30, nel ragionare su un problema connesso).

Considerati questi fenomeni da un diverso angolo d'osservazione ed espressi nei termini della corrente dottrina europea, accolti dalla giurisprudenza decidente sammarinese, quali che siano la nazionalità o il domicilio del convenuto e dell'attore, compete al magistrato della Repubblica la definizione delle controversie originate da fattispecie prodottesi nel territorio di San Marino, o concernenti obbligazioni da adempiere in questo territorio, per il *criterio di collegamento* individuato nel *locus contractus* o nel *locus solutionis*. Costanti si rivelano in tal senso le decisioni dello stesso Consiglio dei Dodici; basti ricordare quelle del 13 maggio 1924, c.45/1923 (su parere di G. Ramoino), *Giur. Samm.* 1924, p.4b; 29 dicembre 1961, c.469/1959 (su parere di E. De Mari), *Giur. Samm.* 1964, p.10s.; 11 gennaio 1963, c.30/1962, *Giur. Samm.* 1965, p.6s.; ed ancora 11 gennaio 1963, c.460/1961, *Giur. Samm.* 1965, pp.7-9 (entrambi su pareri di G. Ramoino. Si ricordi che quest'ultima delibera concerneva "*un'obbligazione cambiaria [...] rilasciata in San Marino*"). Ma tutti vedono che il verificarsi di tali criteri di collegamento non esclude, né fa quiescente, la competenza del magistrato sammarinese, quando questa abbia per titolo il domicilio del convenuto in Repubblica.

La soluzione del problema sollevato dalla parte convenuta non potrebbe raggiungere la piena persuasività, se il Consiglio lasciasse fuori dalla disamina i rapporti che intercorrono oggi fra i due ordinamenti, cui le parti in causa sono legate dal nesso di cittadinanza. E del resto, per intendere appieno quell'elemento di estraneità, che la difesa del convenuto ravvisa nel *locus contractus*, si rende necessario allargare il campo di considerazione. Saggiamente osservava un maestro, nel rendere al Consiglio il suo

meditato parere, che “*per decidere se i magistrati di un dato paese siano o non investiti di giurisdizione relativamente a una determinata controversia attinente a rapporti internazionali, si deve, in mancanza delle disposizioni di un trattato che riesca applicabile, prendere in considerazione esclusivamente la lex fori*”. (Cons. dei Dodici, 13 maggio 1924, c.45/1923 [su parere appunto di G. Ramoino], G.S. 1924, p.4a); con ciò stesso insegnando che altrimenti accade, quando esista un “*particolare accordo [...] che regoli la giurisdizione dei magistrati di uno dei due Stati sui cittadini dell’altro*” (lo stesso Ramoino, p.4ab). Sarà poi da vedere se l’accordo che regola anche questa materia dia piena soluzione ai problemi; e se la giurisprudenza corrente porti a conseguenza la disciplina pattizia della *competenza internazionale* fra San Marino ed Italia, oppure si limiti a ripetere gli argomenti che era pur solita impiegare prima dell’accordo. Valgano intanto le osservazioni seguenti.

L’art. 11 c.1 della *Convenzione di amicizia e di buon vicinato fra la Repubblica di San Marino e il Regno d’Italia*, sottoscritta il 31 marzo 1939 e resa esecutiva con il D.R. 25 ottobre 1939 n.18, attribuendo il trattamento di nazionalità ai sammarinesi e agli italiani anche per quanto attiene al processo civile ed alla giustizia amministrativa, non risolve di certo alcun modesto problema di competenza internazionale; nel conferire la legittimazione processuale al cittadino di ciascun ordinamento dinnanzi agli organi dell’altro, implica l’attualità del potere giurisdizionale nell’organo giudiziario di ciascun ordinamento verso i cittadini dell’altro. Questa norma per altro innova sull’art. 8 della Convenzione 28 giugno 1897, che pareggiava italiani e sammarinesi riguardo al solo gratuito patrocinio. Ora a quei *forenses* che siano cittadini italiani spetta il trattamento processuale di nazionalità per quanto riguarda le professioni, il commercio, gli impieghi pubblici. Per loro non sembra possibile eccepire la mancanza di giurisdizione, ma può sollevarsi propriamente un’eccezione d’incompetenza – quasi, ben s’intende, di incompetenza territoriale interna, per usare la terminologia dell’Anzilotti (parere al Cons. G. e G., 31 luglio 1917, c.34/1917, *Giur. Samm.* 1911-1920, p.9b), non più la tralatizia eccezione di incompetenza giudiziaria internazionale. Così orientata sembra già del resto la giurisprudenza sammarinese fin da quando pronunciava applicando, sulla scorta dell’art. 5 c.3 del codice penale, l’art. 206 di questo (incisivamente modificato ora con l’art. 1 L. 2 febbraio 1994 n.9), non senza ispirarsi per altro all’art. 4 dell’italiana L. 15 dicembre 1990 n.386 come a *lex loci uicinioris*. Basti ricordare la sentenza del T. Comm. 12 giugno 1992, proc. 953/1991 (un vero *Leiturteil* ampiamente motivato: del resto la giurisdizione sammarinese è stata poi ritenuta dal Giudice di appello per le cause penali sommarie costantemente). Con quest’avvertenza potranno farsi valere ancora oggi, come plausibili, alcuni motivi adottati nelle decisioni del Consiglio dei Dodici, precedenti la convenzione del 1939.

Detto con altre parole, il D.R. 25 ottobre 1939 n.18, rendendo esecutiva nella Repubblica la convenzione stipulata con il regno d’Italia il 31 marzo 1939, per l’art. 11 c.1 di questa ha innovato sulla disciplina statutaria, riformando parzialmente il § 94 dello Statuto, con l’attribuire al *forensis* di cittadinanza italiana tutte le prerogative processuali che spettano al *terrigena seu habitator* sammarinese, cioè la medesima protezione in giudizio, oltre le speciali ipotesi che lo Statuto sancisce. Ed attribuendo in corrispondenza di ciò agli organi giurisdizionali sammarinesi il potere di definire controversie, attivate dal cittadino italiano, come se questi fosse sammarinese; che vuol dire, assoggettando il cittadino italiano alla medesima potestà giurisdizionale cui è soggetto il sammarinese. Ma si badi che la stessa clausola dell’accordo (art. 11 c.1) non

deroga ad altre previsioni statutarie, giacchè la norma da applicare per la definizione della controversia resta quella, che verrà determinata alla stregua delle rubriche 18 e 38 (Lib. I, tit. 13 e tit. 31). Tutti vedono del resto che il problema della competenza internazionale (intesa nel senso corrente di “*potere giurisdizionale di decidere una controversia fra parti, una delle quali [...] straniera*”, come ritiene ancora il già ricordato C. Falqui-Massidda, *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.* 1982, p.156; cfr. p.158) è tutt’altro dai problemi del diritto internazionale privato.

La stessa convenzione del 31 marzo 1939 riconduce al sistema: il patto fra i due ordinamenti sovrani, le norme proprie della Repubblica sammarinese, il diritto comune tuttora qui vigente, interagiscono fra loro. E come il sistema è rapporto fra norme di gradi molteplici, così nessuna fra le norme composte in sistema può intendersi fuori della relazione che la stringe alle altre. Qui si raggiunge il centro del problema sollevato dalla difesa del convenuto, quando poneva in dubbio la competenza del giudice sammarinese nella causa presente. Il problema che il Consiglio è chiamato a risolvere con la sua delibera non si riduce alla scelta tra l’uno o l’altro di due *fora*, oppure con diversa terminologia e da un differente punto d’osservazione, tra l’uno o l’altro *criterio di collegamento*. Di là dalle prove che la difesa dell’attore abbia fornito, dimostrando che nella specie ricorrono i presupposti del criterio intitolato al *locus contractae obligationis*, di là da ogni più esauriente inventario dei *fori* concorrenti, resta necessario chiarire il nesso che stringe il *forum domicilii* ed il *forum contractae obligationis*. Se al Consiglio spetta deliberare, non teorizzare sottoponendo a critica le categorie elaborate dai giuristi, esso deve attenersi al lessico oggi circolante, conformandovisi. Epperò spetta al Consiglio impiegare la terminologia corrente calibrandola con attenzione sulle norme. In altra sede potrà prendersi in esame quella fortunata dottrina, che espande la categoria *criterio di collegamento* fino a comprendere sotto di essa il *forum domicilii*. Una teoria, già ricordata (§ 2), che non deve qui sottoporsi a critica, ma impiegarsi con prudenza. Conviene a tal fine riconsiderare il *forum domicilii*, per il posto e per la funzione che gli assegna il diritto comune. Perciò conviene risalire alle fonti.

5. A queste ci guidano gli statuti (§§ 18 [Lib. I, tit. 13], 38 [Lib. I, tit. 31], 144 [Lib. II, tit. 6]), con precetti che graduano le norme concorrenti nel sistema sammarinese rinviando ai testi compresi nel *corpus iuris*.

“*Stravolge l’ordinamento il fatto che una parte venga giudicata non dal suo magistrato, ma da quello di chi la trascina in giudizio. La parte infatti deve essere condotta in giudizio soltanto nel luogo dove è domiciliata, o dove era domiciliata quando ebbe origine la sua obbligazione*”. Così potrebbe volgersi in italiano, per ossequio all’art. 5 della L. 21 ottobre 1988 n.106, il frammento imperiale tramandato in C. 3, 13, 2 (*Iuris ordinem conuerti postulas, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur: nam ubi domicilium habet reus uel tempore contractus habuerit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conueniri oportet* [edizione mommseniana di Paul Krüger]), che vige nella Repubblica grazie al disposto statuario appena ricordato. Il testo scolpisce inequivocabilmente il *forum rei conuenti*, o *forum domicilii*, come esclusivo (*ibi tantum <r>eum conueniri oportet*); ed il *forum contractus* fa concorrente con esso, quando non risulti più identico ad esso. Radicare altrove la causa è stravolgere l’*ordo iuris* (*iuris ordinem conuerture*), quasi stravolgere la convivenza civile, ben più che le regole di un giusto processo.

Il precetto viene ribadito in stile narrativo: “*Chi trascina una persona in giudizio si rivolge al magistrato del distretto di lei, qualunque titolo fondi la sua domanda,*

*un'obbligazione o un diritto reale. Ma le azioni contro il possessore devono pure esercitarsi dove si trovano i beni contestati*" (C. 3, 19, 3: *Actor rei forum, siue in rem siue in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res propter quas contenditur constitutae sunt, iubemus in rem actionem aduersus possidentem moueri*). Ancora l'esclusivo *forum domicilii*; ma con esso concorre il *forum rei sitae* (*et in locis [...] iubemus in rem actionem [...] moueri*).

Non si intende il precetto, senza chiarirne le ragioni, come vuole del resto la prima categoria ermeneutica (D. 1, 3, 17). Che sono più d'una e convergenti. Inutile insistere sull'interesse del convenuto: a costui la norma segnata in C. 3, 13, 2 ed in C. 3, 19, 3 assicura una difesa la più agevole (quanto al merito, il *fauor rei* è sancito in D. 50, 17, 125). Ma un altro valore, non percepito per solito e non meno meritevole di protezione, prende qualità di norma in quel medesimo precetto. Conviene infatti allo stesso attore instaurare il rapporto processuale dove sull'altra parte potranno più agevolmente esercitarsi quelle potestà pubbliche, in cui si risolve la funzione giurisdizionale. Se per una massima d'esperienza, che ha il rango di una regolarità statistica, all'insistenza di una persona su un territorio corrisponde per solito la soggezione alle autorità di questo (pur se eccessiva può apparire l'opinione del Carlevari, addotta da G. Rossi nel parere al Cons. dei Dodici, 20 ottobre 1978, c.109/1977, *Giur. Samm.* 1970-1980, p.75. Si ricordi *e contrario* per San Marino quella sorta di definizione [Stat. 522; Lib. III, tit. 13], che segnalavo nel § 4), conviene all'attore medesimo instaurare la lite dinnanzi al magistrato di quell'ordinamento, cui l'altra parte sia soggetta. La ragione si riconduce a quanto osservava un classico: "*Il magistrato giudicante non può esercitare poteri coattivi fuori del proprio distretto*", oppure "*Non è soggetta a sanzione l'inosservanza di un ordine impartito dal magistrato fuori del proprio distretto*" (*extra territorium ius dicenti impune non pretur*; D. 2, 1, 20); e poté lumeggiarla chiarissimamente il giovane Redenti (*Foro*, e *Foro "rei"* [1910], *Dizionario pratico del diritto privato* III, 1, Milano 1923, pp.215, 221). Un aspetto ne ha ben considerato lo stesso Consiglio dei Dodici, deliberando il 18 giugno 1962 sulla c.327/1961, *G.S.* 1965, p.5 (su parere di E. De Mari), quando ha osservato la "*impossibilità di accertare i fatti*", in cui versa per lo più il giudice di un ordinamento diverso da quello nel cui territorio si trovino gli immobili oggetto della causa. Questa ragione ci avvicina alle scaturigini dell'*ius dicere* fra privati. E guida alla comprensione della stessa disciplina sammarinese, raccolta negli Statuti e considerata or ora (§ 4).

Oltre le ragioni esposte nel paragrafo precedente, s'intendono così da un canto l'*indeclinabilità* d'ufficio della competenza sammarinese, ragionata dal T. Comm. 8 maggio 1959, c.15/1956 (*Giur. Samm.* 1964, p.99) sul § 115 delle *leges statutae* e su D. 5, 1, 1.; e dall'altro la simmetrica *inderogabilità* della stessa competenza del magistrato sammarinese mediante convenzione dei privati, o comunque per atto dei privati; Cons. dei Dodici, 22 febbraio 1941, c.14/1939, *Giur. Samm.* 1963, p.6 (su parere di G. Ramoino, che ritiene senz'altro nulle le rinunce preventive dei cittadini alla giurisdizione sammarinese); 29 dicembre 1961, c.469/1959, *Giur. Samm.* 1964, p.10s. su parere di E. De Mari: "[...] *non può essere derogata per convenzione fra le parti la giurisdizione dei tribunali di uno Stato, quando secondo le regole procedurali dello Stato quei tribunali sarebbero competenti*"; 18 giugno 1962, c.327/1961, *Giur. Samm.* 1965, p.5s. (su parere di E. De Mari "[...] *non è dato a terzi derogare a norme che attribuiscono un potere come emanazione dell'autorità e della sovranità dello Stato*"; fino al corollario che "*lo Stato [...] non può permettere il ricorso a giudici extraterritoriali, quando prevede nel*



*proprio ordinamento [...] tribunali, giudici*"); 11 febbraio 1970, c.64/1969, *Giur. Samm.* 1970-1980, p.50 (su parere di P. Casadei Monti). Conviene in prima analisi osservare che nella Repubblica, per l'unicità degli organi giudiziari, ciò che vale per la giurisdizione vale per la competenza territoriale. E che per altro nell'ordinamento sammarinese qui si impone una deroga a quel principio, che i compilatori attribuirono ad Ulpiano e conservarono nel Digesto (D. 5, 1, 1); e prende rilievo marcato il sistema del diritto comune. Un singolare *obiter dictum* di S. Cherici (parere al Consiglio Grande e Generale, 19 ottobre 1915, c.66/1914, *Giur. Samm.* 1911-1920, p.5a) cadeva nell'ambito delle costruzioni, non delle pronunce - e del resto ripeteva un'opinione del Giannini (*Sommario*, cit., p.36 n.29; da cui si rifà I. Spada nel parere al Consiglio dei Dodici, 26 settembre 1990, c.49/1989, *Giur. Samm.* 1981-1990, p.199) -. Un'illazione, tratta inopportunamente da *Stat.* 281 (Lib. II, tit. 34) per un riconoscibile errore di lettura, veniva segnalata qui nel paragrafo precedente. Sul carattere che denota le convenzioni fra privati attributive di competenza converrà riflettere, giacchè non potrebbe riferirsi a loro senza discernimento la regola ulpiana, tramandata nel Digesto (16, 3, 1, 6; 50, 17, 23) ed arricchita di corollari dai maestri del diritto comune. Dall'inderogabilità della competenza sammarinese nulla però consegue immediatamente in ordine alla validità e all'efficacia di quelle clausole usitate. Le quali ad ogni altra si contrappongono per il loro carattere di convenzioni ad efficacia eventuale (sarebbe incongrua la categoria della condizione). Una loro attenta indagine di struttura non potrebbe svolgersi qui, né sarebbe necessaria del resto alla soluzione del caso presente.

Dei caratteri che distinguono il *forum domicilii* si è mostrata consapevole, quando ha saputo allentare le pastoie d'una precettistica mortificante (§ 2), la stessa giurisprudenza sammarinese del nostro secolo. Essa ha ben potuto qualificare come *giudice naturale* "quello del foro del convenuto" (Consiglio Grande e Generale, 19 ottobre 1915, c.66/1914, *Giur. Samm.* 1911-1920, p.6, su parere di S. Cherici; dove è menzionato e discusso un parere di Giuseppe Saredo, in altra causa. Questo segnalava T.C. Giannini, *Sommario*, cit., p.32 n.19 [Firenze 1901, p.26 n.20]). Ed ha saputo dichiarare "*principio generale di diritto, valevole in tutti gli Stati (codificato o no nel diritto positivo dei singoli Stati) che il giudice naturale di ogni cittadino sia il giudice dello Stato cui il cittadino appartiene e dove abbia il suo domicilio o residenza*" (Cons. dei Dodici, 26 settembre 1960, c.410/1958, *Giur. Samm.* 1964, p.7, su parere di G. Mazza). Ed in puntuale riferimento a "*convenuti [...] cittadini sammarinesi*", con "*domicilio e residenza nella Repubblica*", ha pure dovuto dichiarare fuori di ogni "*dubbio [...] che il loro giudice naturale ed ordinario per ogni azione che loro si riferisca sia quello sammarinese*". Lo attestano le *Leges Statutae* (Lib. II, rubr.XXVI, § 250, e Lib. II, rubr.I, § 94), alle quali si aggiunge il diritto comune con la regola generale *actor sequitur forum rei* [...], criterio validissimo per determinare la competenza del foro concorrente, secondo la regola *ut quotiens reus sortitur multiplicem forum ordinarium, electio fori pertineat ad actorem* [...] (Cons. dei Dodici, 20 ottobre 1978, c.109/1977, *Giur. Samm.* 1970-1980, p.74s., su parere di G. Rossi). E del resto la figura del *giudice naturale* viene accolta nella dottrina sammarinese più attenta (R. Bonelli, *Gli organi dei poteri pubblici nell'ordinamento della Repubblica di San Marino* [1984], San Marino 1986, p.74). Difficile sopravvalutare quei due rilievi, posti in luce dalla stessa giurisprudenza consiliare del nostro secolo: *giudice ordinario*, nel senso primo di magistrato competente in conformità al *iuris ordo*, apparteneva già al lessico dei grandi autori del diritto comune (il consulente del 1978 fu conoscitore fra i più esperti della dottrina

processualistica fiorita sul continente europeo prima delle codificazioni; e adduceva brani del Carlevari, non soltanto di G.B. De Luca); *giudice naturale* appartiene ormai al linguaggio del legislatore sammarinese, figurando nell'art. 15 c.4 della L. 8 luglio 1974 n.59 (anche se per la sola materia penale).

La miglior dottrina europea del nostro secolo, consapevole di quei nessi, che sotto l'apparente discontinuità delle ideologie stringono la nostra esperienza nella tradizione romanistica; ed insieme attenta alla molteplicità dei fenomeni, riconosce come elettivamente concorrenti con il generale *forum domicilii* quegli stessi che la giurisprudenza sammarinese viene dilucidando nel sistema composto dalle *leges statutae* e dal *ius commune* (§ 2). E come concorso elettivo fra criteri di collegamento intende quello per il quale spetta all'attore la scelta fra i due giudici competenti (per tutti, valga la sintesi del giovane Redenti, *Foro*, cit., p.215b: "*l'attore ha la scelta d'adir l'uno o l'altro*" giudice; e l'esercita con l'atto introduttivo della lite). Lo stesso Consiglio dei Dodici ha dichiarato che nel concorso fra due *criteri di collegamento* "*spetta all'attore [...] scegliere il giudice competente*" (23 aprile 1970, c.180/1969 [su parere di P. Casadei Monti], *Giur. Samm.* 1964-1969, p.58s., appoggiato al Richeri); e con rigore ineccepibile il Giudice delle appellazioni civili ha qualificato come "*un diritto potestativo dell'attore adire l'uno o l'altro giudice*" (6 gennaio 1979, c.159/1976, *Giur. Samm.* 1970-1980, p.204); e di nuovo il Consiglio (20 ottobre 1978, c.109/1977 [su parere di G. Rossi], *Giur. Samm.* 1970-1980, p.74s.), appena ricordato con le parole del Carlevari: "*Ogniqualevolta al convenuto si riconoscono più fori competenti, la scelta fra questi spetta all'attore*" (*Quotiens reus sortitur multiplicem forum ordinarium, electio fori pertinet ad actorem*). Parole chiarissime, che pure significano: la scelta fra due fori elettivamente concorrenti, compiuta dall'attore nell'esercizio d'una facoltà che a lui solo compete, non può essere contrastata dal convenuto.

In questa prima approssimazione, che vede come fossero proiettati sul medesimo piano il domicilio del convenuto e le altre circostanze, od elementi della fattispecie sostanziale, che pure hanno rilievo al fine di determinare il giudice competente; e comprende quello e queste sotto l'unica figura del nesso fra ordinamento e fattispecie sostanziale nei suoi vari elementi, soggettivi od oggettivi (*criterio di collegamento*), non qualsiasi parte, ma un solo soggetto risulta legittimato a individuare con l'atto introduttivo della lite il giudice che definirà la controversia: l'attore. Un sofisma sarebbe cogliere in ciò un privilegio accordato a costui, mentre al contrario "*questa regola [...] tende [...] a temperare a favor dell'attore il maggior riguardo usato agli interessi del convenuto nel fissare le regole normali di competenza*" (come insegnava E. Redenti, *Foro*, cit., ancora p.215).

D'altro canto lo stesso Consiglio ha saputo graduare le competenze, quando ha ben ritenuto che soltanto "*nel difetto del forum rei, escluso dalla cittadinanza e residenza straniera [del convenuto], incombe all'attore l'onere di dimostrare la sussistenza di qualcuno degli altri criteri di collegamento, che il diritto sammarinese riconosce in via alternativa con quello*" (26 febbraio 1969, c.46/1967, *Giur. Samm.* 1964-1969, p.43 [su parere di P. Casadei Monti]. Con identiche parole, appena limate, 11 febbraio 1970, c.64/1968, *Giur. Samm.* 1970-1980, p.50). Qui sembra omissso per amore di brevità il tratto, mediante il quale si compie il passaggio dall'ipotesi – che è il non identificarsi del *forum rei* con l'autorità giudiziaria sammarinese – alla conseguenza di rito – che è l'onere, gravante sull'attore, di provare "*la sussistenza di [...] altri criteri di collegamento*" -. E conviene esprimerlo: soltanto quando il titolo di competenza non sia

il domicilio del convenuto, si procede a verificare i presupposti di titoli diversi, la prova di questi spettando all'attore.

Benchè ponga talvolta indifferentemente ogni titolo di competenza sotto la figura del criterio di collegamento, la migliore dottrina europea sa però ben discernere, quando gradua il *forum domicilii* e gli altri, che eventualmente concorrano con esso. La migliore dottrina vede nel *forum domicilii* il “criterio di collegamento principale” e qualifica i secondi come “criteri di collegamento sussidiari”, appunto “destinati a funzionare nei casi in cui rimane escluso il funzionamento del primo”. E' questa la gradazione fra i titoli di competenza, che lo stesso Consiglio ha saputo esprimere, qualificando sinteticamente il giudice del *forum rei* come il *giudice naturale* del convenuto. E lo stesso Consiglio, quando ha osservato il fenomeno da una prospettiva distinta, ha saputo rendere evidente a tutti l'inderogabilità della competenza giudiziaria sammarinese.

Questa più stretta approssimazione consente di vedere nella loro multilateralità i fenomeni, facendo convergere le prerogative dell'ordinamento e le facoltà dei privati. Due poli vengono qui in considerazione: su ogni fattispecie litigiosa, generale competenza dell'organo giurisdizionale di quell'ordinamento, cui il convenuto appartiene per inerenza permanente, sia questa originaria (in virtù di cittadinanza) od accidentale (per domicilio), o addirittura occasionale (residenza). Si avverta che non interessano qui le variazioni semantiche di *domicilium* lungo l'esperienza europea e sammarinese, fino alle partizioni odierne ora evocate. E speciale competenza però del medesimo magistrato, senza riguardo all'appartenenza del convenuto, quando la fattispecie sia intercorsa fuori del territorio dell'ordinamento di cui il magistrato è organo, ma qui sia destinata a svolgersi o a produrre i propri effetti, o quando la situazione litigiosa concerna beni qui collocati: vale a dire, quando la fattispecie sostanziale sia *estranea* bensì all'ordinamento, epperò *collegata* a questo per caratteri definiti.

Estraneità della fattispecie sostanziale all'ordinamento considerato, ma collegamento di essa a questo per speciali criteri (e tassativi, come ben ritiene la giurisprudenza del Consiglio), sono i requisiti senza i quali neppure si porrebbe un problema di competenza giudiziaria internazionale. Il requisito dell'estraneità rinvia al suo opposto, a quello per il quale si verifica la generale competenza, cioè la competenza del magistrato che alcune delibere consiliari qualificano *giudice naturale*. Non fa meraviglia, se la giurisprudenza e la dottrina non abbiano dato un nome a questo requisito: interessate come sono alle eccezioni, per quanto di patologico possano presentare, passano sotto silenzio la fisiologia; indagano quei *criteri*, dai quali una causa altrimenti *estranea* risulti *collegata* all'ordinamento. In una causa di generale competenza sammarinese (la si potrebbe dire *propria*, nel senso di *non estranea*) l'inderogabilità della giurisdizione esclude ogni rilievo dei criteri che possano collegare con l'ordinamento repubblicano una causa *estranea*. Spetterà poi ad una dottrina avvertita chiarire se il ricorrere del *forum domicilii*, o *forum rei*, precluda senz'altro ogni questione di competenza giudiziaria internazionale – con la conseguenza radicale dell'inammissibilità (§ 3) -. Ma è fuori dubbio fin d'ora che il sussistere del criterio principale (del *forum domicilii*) esclude il ricorso ai criteri sussidiari, a quelle circostanze da cui una controversia estranea all'ordinamento viene collegata non di meno a questo. Mentre d'altro canto è fuori dubbio, per chi voglia mantenersi nell'ottica del concorso fra criteri di collegamento, che il presentarsi dei presupposti di uno fra questi (ad esempio, del *forum successionis*, o del *forum contractus*, o del *forum destinatae solutionis*) lascia indenne la competenza del

magistrato sammarinese, stabilita per titolo di domicilio. Inutile indugiare su questa conseguenza dei principi, dopo l'elegante dimostrazione che ne poté offrire l'Anzilotti (parere al Cons. Grande e Generale, 31 luglio 1917, c.34/1917, *Giur. Samm.* 1911-1920, p. 9s.).

**6. Da tutto ciò risultando per certo in diritto che il Commissario della Legge è il giudice naturale delle controversie, in cui sia convenuto un cittadino sammarinese, residente in Repubblica. Risultando altresì per certo che la competenza del magistrato sammarinese, quale giudice del convenuto, non è esclusa dall'eventuale concorso della competenza di un giudice straniero, fondata su ragione diversa dal domicilio del convenuto. E che la scelta del magistrato competente spetta all'attore, quando concorra elettivamente con il *forum domicilii* un diverso foro; tale scelta venendo esercitata con lo stesso atto introduttivo della lite**, risulta pure che la causa intentata dall'attrice S.T.A.M. s.r.l. cade sotto la competenza del magistrato sammarinese e che bene perciò l'attore ha chiamato il Berti dinnanzi al Commissario della Legge con l'atto del 10 settembre 1992. Consegue che l'eccezione d'incompetenza giudiziaria internazionale, sollevata dal convenuto *in limine* della causa numero 186 del 1992, non trova fondamento stabile nelle norme che qui regolano tale competenza.

Per questi motivi è mio parere che il Consiglio dei Dodici debba, ritenuta ammissibile quell'eccezione perché tempestiva, respingerla perché infondata, con ogni conseguenza di diritto.

## 12.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Umberto Santarelli), 25 aprile 1995, delibera n. 10.

S.A. Alutitan e S.A. Betacolor (Avv. Alberto Selva) : S.p.a. All.Co. (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 125, anno 1994.

### **Concorrenza sleale – “Locus commissi delicti”.**

*Gli atti di concorrenza sleale vengono ricompresi nell'ampio “genus” dei fatti illeciti che si riconnettono all'istituto della “culpa aquiliana”.*

*Il criterio di collegamento proprio di questa categoria è il “locus commissi delicti”, cioè il luogo dove si verifica l'evento lesivo.*

---

## FATTO E DIRITTO

1. Svolgimento del processo – Con atto depositato nella Cancelleria del Tribunale Commissariale in data 22 aprile 1994 la S.A. Alutitan con sede in Chiesanuova e la S.A. Beta Color con sede in Serravalle rappresentate e difese dagli avvocati Alberto Selva e Filippo Tolentino instavano citarsi la S.p.A. All.Co. con sede in Ospedaletto di Pisa chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni: 1 – dichiarare ad ogni effetto di legge che le società attrici non hanno compiuto imitazione servile né concorrenza sleale, né violazione di diritti di privativa eventualmente spettanti alla Convenuta S.p.A.

All.Co.; 2 – dichiarare la nullità o comunque l'inoperatività o l'inefficacia o la decadenza del brevetto per modello ornamentale n.037262 concesso il 20.11.85 alla S.p.A. All.Co. di Pisa; 3 – intimare alla S.p.A. All.Co. la *impositio perpetui silentii* con espressa diffida di astenersi da ulteriori turbative nei confronti delle società attrici; 4 – condannare al risarcimento dei danni di ogni natura derivanti alle parti attrici dall'immotivato e prevaricatorio sequestro ottenuto in sede penale; 5 – condannare al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio.

S.S. il Commissario della Legge, con provvedimento del 25 aprile 1994, fissava l'udienza di comparizione delle Parti per giovedì 8 settembre, ordinando contestualmente la notificazione della citazione e del decreto alla Parte convenuta e del solo decreto alla Procura delle Parti attrici.

In data 8 settembre la Parte convenuta si costituiva in giudizio, preliminarmente eccependo il difetto di giurisdizione dell'Autorità giudiziaria sammarinese.

Preso atto dell'eccezione di cui sopra S.S. il Commissario della Legge assegnava termine alle Parti per dedurre e concludere in ordine alla sollevata eccezione, disponendo in ordine alla notificazione della comparsa di costituzione e risposta e del proprio decreto.

Avvenute le notificazioni di cui sopra, le Parti deducevano in ordine all'eccezione di carenza di giurisdizione dell'Autorità giudiziaria di questa Repubblica con memorie entrambe recanti la data del 20 ottobre 1994.

Dopo che l'eccellentissimo Consiglio dei XII ebbe pronunciato il citato provvedimento in data 9 novembre 1994 depositato nella Cancelleria del Tribunale Commissariale in data 14 novembre 1994, S.S. il Commissario della Legge, con decreto del 17 novembre 1994 disponeva in ordine al versamento delle spese a cui la Parte convenuta provvedeva in data 19 gennaio 1995.

Con missiva in data 8 febbraio, pervenuta a destinazione il 16 febbraio 1995, gli atti venivano rimessi al sottoscritto consulente.

2. Motivi della decisione – L'eccezione proposta appare infondata e meritevole perciò d'esser respinta. E' preliminarmente da notare che nella comparsa di costituzione e risposta, dove la detta eccezione venne ritualmente sollevata, essa era argomentata con esclusivo riferimento alla legislazione e alla giurisprudenza italiane, l'una e l'altra ovviamente irrilevanti per il Giudice sammarinese. Questo *lapsus* non si è però ripetuto nella successiva memoria depositata della Procura della Società convenuta nella quale si fa riferimento ai principi generali del diritto.

Per convincersi dell'infondatezza dell'eccezione basta seguire le argomentazioni svolte dalla Procura della Società convenuta nella memoria in data 20 ottobre 1994. La richiesta di dichiarazione di nullità del brevetto della All.Co. (a cui si aggiunse, forse con un eccesso di zelo e in modo un tantino disordinato, anche la richiesta di dichiarare – di quello stesso brevetto – l'inoperatività e l'inefficacia o la decadenza) era, come riconosce la stessa Procura della All.Co., strumentale rispetto alla domanda principale, che era di accertamento (negativo) d'un'imitazione servile e/o di atti di concorrenza sleale, che la All.Co. sostiene che le Società attrici avrebbero commesso (e queste negano la circostanza) nel territorio di questa Repubblica. Dunque l'azione in questa sede proposta è correttamente qualificabile come azione di accertamento (negativo) di atti di concorrenza sleale (sotto specie di imitazioni servili) che si assumono (non) commessi nella Repubblica di San Marino. La domanda di dichiarazione di nullità (o inoperatività o inefficacia o decadenza) del brevetto dell'All.Co. risulta proposta in funzione meramente strumentale rispetto alla prima azione di accertamento (negativo).

Si aggiungano poi due considerazioni, che appaiono entrambe decisive: la prima è che – su istanza della Società All.Co. pende, dinnanzi al Tribunale Commissariale di questa Repubblica, un giudizio penale, rispetto alla decisione del merito del quale gli accertamenti richiesti in questa sede civile rappresentano un presupposto essenziale. La seconda considerazione è che l'accertamento della nullità (o dell'inoperatività o dell'inefficacia o della decadenza) del brevetto, ove venga pronunciata, è destinata – ovviamente – ad aver effetto solo nell'ambito territoriale di questa Repubblica.

Non appare pertanto conferente l'allegazione, fatta dalla Procura dell' All.Co., del principio generalissimo secondo cui *actor sequitur forum rei*: che è principio certamente valido anche nell'ordinamento giuridico sammarinese, ma non è il solo che governa la materia. La stessa Procura della Società convenuta, a parte certi riferimenti storici non pertinentissimi, riconosce che quel principio soffre eccezione quando si controverta di obbligazioni nascenti *ex delicto*, per l'accertamento delle quali sia alternativamente competente un giudice diverso da quello del foro generale del convenuto. Nel caso nostro non v'è dubbio che territorialmente competente a giudicare dell'azione di concorrenza sleale (proposta in questa sede, sia pure per chiedere un accertamento negativo) sia l'Autorità giudiziaria sammarinese.

Le ragioni che portano alla reiezione dell'eccezione di incompetenza (*rectius*: di carenza di giurisdizione) dell'Autorità giudiziaria sammarinese, sono state elencate dalla Procura delle Società attrici con la memoria in data 20 ottobre 1994, che merita di essere sostanzialmente condivisa. Per quanto riguarda la giurisdizione del Giudice sammarinese in ordine alla controversia di concorrenza sleale (accertata la quale, l'intero problema proposto in questa sede è risolto), è sufficiente rinviare alla motivatissima decisione di codesto eccellentissimo Consiglio in data 16 aprile 1976 (consulente il prof. Giovanni Gualandi, in *Giur. Samm.* 1970-1980, pp.69ss.).

Anche se può destare più di un dubbio la tesi sostenuta dalla Procura delle Società attrici – secondo cui l'azione di nullità (o di inoperatività o di inefficacia o di decadenza) del brevetto è di per sé da qualificarsi come azione di responsabilità per *culpa aquiliana* – resta vero che questa specifica azione di accertamento avente ad oggetto il brevetto, in primo luogo è meramente strumentale rispetto a quella che ha per oggetto l'accertamento (negativo) della concorrenza sleale (in ordine alla quale è certissima la giurisdizione del Giudice sammarinese), ed in secondo luogo mira ad ottenere una sentenza che dichiari la nullità (o l'inoperatività o l'inefficacia o la decadenza) del brevetto e che ovviamente è destinata ad avere effetto soltanto nell'ordinamento giuridico sammarinese, senza che della medesima, che eventualmente abbia accolto la domanda come sopra proposta, possa esser consentita la delibazione in Italia allo scopo di determinare una radicale perdita di efficacia del brevetto italiano che ne forma oggetto.

### 13.

Consiglio dei XII (Consulente: Erulo Erolì), 26 luglio 1995.

Banca Popolare Pesarese e Ravennate (Avv. G. Nicolini) : Ugolini Loredana (Avv. A. Selva) – Causa n. 172, anno 1994.

**Obbligazione contrattuale – Competenza giudiziaria internazionale – Eccezione di difetto di giurisdizione – Clausola derogatoria – Nullità.**

*E' nullo il patto di deroga convenzionale della competenza internazionale, in quanto la rinuncia del cittadino sammarinese alla giurisdizione del proprio Stato è atto contrario all'ordine pubblico interno, sicchè la relativa norma interdittiva deve considerarsi inderogabile.*

---

**FATTO E DIRITTO**

1. Preliminarmente va posta la questione se l'eccezione sollevata dalla difesa dell'Ugolini riguardi effettivamente l'incompetenza territoriale dell'adito Tribunale Commissariale della Repubblica di San Marino, od invece la questione non concerna più propriamente il problema del difetto di giurisdizione del Giudice sammarinese rispetto a quello italiano.

Se posto in questi termini il dilemma, la risposta non può essere che quella d'identificare nell'eccezione proposta dall'Ugolini non una questione d'incompetenza del Giudice sammarinese, erroneamente sollevata, ma una vera e propria questione di difetto di giurisdizione dell'adito Giudice. Ed infatti le regole di competenza territoriale servono a determinare la scelta del giudice che abbia sede in un luogo o in un altro nell'ambito del territorio nazionale, e non certo ad individuare quale sia il giudice competente quando si tratti di dirimere controversie insorte tra stranieri (come nella specie è dato rilevare, una volta acclarata la circostanza secondo la quale la Ugolini Loredana è cittadina dello Stato di San Marino) ed i beni mobili ed immobili della medesima risultano situati nel territorio di detto Stato. Sotto tale profilo l'art. 16 del contratto stipulato in data 01/09/1992, che contempla una clausola derogativa della competenza territoriale *ex art. 28 C.P.C. Italiano*, deve considerarsi inapplicabile, e quindi inefficace, in quanto l'articolo predetto regola le controversie *ex contractu* insorte tra cittadini italiani, o tra questi ultimi e gli stranieri, ma non può considerarsi applicabile nei casi in cui, com'è dato rilevare nella fattispecie, i beni mobili ed immobili di proprietà della convenuta cittadina sammarinese, risultino situati nella Repubblica di San Marino, sicchè alla giurisdizione del Giudice sammarinese deve farsi riferimento, il quale sarà peraltro chiamato ad applicare la *lex loci*, ossia quella dello Stato di San Marino. Ciò in virtù dell'art. 37 c.II C.P.C. Italiano e del Libro III, Rubrica XXVI delle *Leges Statutae*.

2. Per quanto più strettamente riguarda l'inapplicabilità, nel caso di specie, dell'art. 16 del contratto fideiussorio, invocato dalla difesa della sig.ra Ugolini per affermare l'incompetenza, *rectius* il difetto di giurisdizione del Giudice sammarinese, vi è da aggiungere alle già riferite conclusioni come esposte *sub A)* che, **secondo l'ordinamento della Repubblica di San Marino, il patto in deroga è nullo ai sensi della Rubrica XXVI del Libro III delle *Leges Statutae*, in quanto la rinuncia del cittadino sammarinese alla giurisdizione del proprio Stato nelle controversie con un soggetto, persona fisica o giuridica, straniero è atto contrario all'ordine pubblico di quello Stato, sicchè la relativa norma interdittiva deve considerarsi inderogabile.** Ed infatti nella sentenza del Consiglio dei XII in data 29/12/1961 relativa alla causa n.469/59 si legge che “*non può essere derogata per convenzione tra le parti la*

*giurisdizione dei Tribunali di uno Stato quando secondo le regole procedurali dello Stato quei Tribunali sarebbero competenti”.*

Ciò è tanto vero che tale norma interdittiva è assistita anche da una sanzione pecuniaria ai sensi della Rubrica XXVI del Libro III delle *Leges Statutae*. Devesi altresì sottolineare (come peraltro fatto presente dalla difesa dell’attrice) che il problema suddetto era stato già risolto mediante analogo precedente giurisprudenziale, costituito dalla sentenza dell’Ecc.mo Consiglio dei XII in data 22/12/1941 Martini contro Compagnia di assicurazioni Zurigo, causa n.14 del 1939 pubblicata in *Giurisprudenza Sammarinese*, Anno 1963, Vol. I, pag.6.

Vi è poi un altro aspetto che in linea generale dev’essere sottoposto all’attenzione dell’Ecc.mo Consiglio dei XII, e che è costituito dal principio secondo cui “*actor sequitur forum rei*” (v. Richeri: *Universa Jurisprudentia* Libro IV, Titolo XXXIX, Cap. IV, Sez. II). Bene quindi ha fatto la Banca attrice a rivolgersi, in applicazione del detto principio generale, alla giurisdizione del Giudice sammarinese, in quanto i criteri di collegamento da tener presenti sono costituiti sia dalla *lex loci*, che dal *forum rei*. **In ogni caso**, anche ove ricorrano più criteri di collegamento per la stessa causa e concorra quindi la competenza di più Giudici, **spetta all’attore indicare quale criterio intende seguire perché**: “*quod si reus duplex habeat forum, puta negotiationis, et militiae in arbitrio actori, quo in loco eum convenire velit; ex quo colligunt interpretes, jurisdictionem certis collegiis, vel iudicibus datam, cumulative, non privative concessam intelligi*” (v. Richeri, *Universa Jurisprudentia*, Libro IV, titolo XXXIX, Cap. IV, Sez. I).

#### 14.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Adriana Campitelli), 26 settembre 1995, delibera n. 9.

S.A. Titantex (Avv. L. Lonfernini) : S.r.l. Levi Strauss Italia e Levis Strass & Co. (Avv. P.L. Bacciocchi) – Causa n. 184, anno 1994.

#### **Eccezione declinatoria del foro – Proposizione.**

*Le eccezioni declinatorie del foro devono essere avanzate in “limine litis”, cioè prima di ogni altra istanza o difesa; non possono essere fatte precedere anche da minime considerazioni di merito.*

---

#### FATTO E DIRITTO

1. Con istanza depositata in Cancelleria il giorno 23 giugno 1994 la Titantex S.A., società anonima per azioni, con sede in Falciano, Strada S. Valentino, 120 (San Marino) citava dinnanzi a S.S. il Commissario della Legge la Levi Strauss Italia S.r.l. con sede a Milano, Corso Como, 15 (Italia) e la Levi Strauss & Co. con sede a S. Francisco, Battery Street 115 (California, U.S.A.).



La parte attrice lamentava che da tempo era sottoposta a limitazioni nella sua attività commerciale da azioni penali promosse dalle convenute tendenti a screditare la credibilità della correttezza della Titantex nella sua attività di vendita dei prodotti Levi's, con particolare riguardo ai jeans del tipo Levi's 501, adducendo come motivo specifico che la merce offerta in vendita risultava contraffatta, secondo precise accuse della Levi Strauss Italia.

A questa situazione di disagio veniva ad aggiungersi l'intervento della Levi Strauss & Co., con sede negli Stati Uniti d'America, che ha promosso nei confronti dell'attrice azione giudiziaria ed ha avanzato richieste per il sequestro di somme di denaro.

L'istanza della parte attrice si propone di ottenere che le convenute vengano chiamate presso il Tribunale Commissariale di San Marino perché in sede di giudizio si aggiunga alla dichiarazione della buona fede della stessa nella sua attività di commercio ed infine ne derivi il conseguente riconoscimento del diritto di commerciare i prodotti Levi's nei modi e nei termini previsti dalle norme internazionali e dalla prassi commerciale, facendo espresso riferimento alle prove documentali già esibite in sede di giudizio penale non ancora definito. Di conseguenza si chiede il riconoscimento del danno subito e dell'obbligo al risarcimento ad esso collegato da quantificare in corso di causa, con condanna alle spese.

2. Avverso tale istanza le convenute replicavano in data 29 settembre 1994 avanzando eccezione di improponibilità dell'istanza stessa in quanto la generale situazione e i fatti lamentati dalla parte attrice ed ogni possibile apprezzamento sui comportamenti della parte istante erano subordinati e condizionati all'esito dell'azione penale in corso e quindi apparivano come il presupposto stesso dell'azione civile proposta, secondo quanto desumibile *ex art.* 162 C.p.p. ultimo comma.

Il preteso risarcimento fondato su basi ancora da dimostrare e definire in sede penale presuppongono l'esclusione di colpa, anche lievissima a carico della Titantex, legata quanto meno ad una responsabilità nell'approvvigionarsi di merce non originale e non proveniente dai regolari canali di distribuzione utilizzati dalle convenute.

In subordine si sollevava eccezione di incompetenza territoriale qualora la parte attrice intendesse riferirsi ad atti o fatti diversi da quelli oggetto di esame nei proc. pen. 835/91 – 754/92 pendenti dinanzi al Tribunale Commissariale di San Marino.

Di conseguenza si chiede la dichiarazione di improponibilità o di inammissibilità dell'azione proposta dalla Titantex sul fondamento dell'art. 162 C.p.p., già ricordato, e la sospensione del giudizio civile in attesa della conclusione dei procedimenti penali pendenti, che rappresentano il presupposto di base per le richieste in sede civile.

Qualora la parte attrice si riferisca a fatti o atti diversi da quelli esposti nell'azione penale in corso si chiede che venga dichiarata l'incompetenza del Tribunale Commissariale di San Marino, con condanna alle spese.

In data 21 ottobre 1994 il Commissario della Legge, accordato il termine alle parti per concludere, trasmetteva all'On.le Consiglio dei XII il fascicolo del dibattimento per decidere sulla sollevata eccezione di incompetenza territoriale.

In data 1 marzo 1995 l'On.le Consiglio dei XII mi nominava Consulente. Le comparse conclusionali delle parti, nei termini, non hanno aggiunto nuovi argomenti a quelli già noti.

3. L'eccezione di incompetenza territoriale è stata sollevata nel primo atto di risposta dai procuratori delle parti convenute anche se in modo singolare poiché dalla impostazione della comparsa delle convenute si può ricavare una duplice posizione difensiva. L'una

diretta a minare dalle fondamenta la proponibilità dell'azione civile avanzata dalla parte attrice, in quanto strettamente legata ai procedimenti penali in corso e già radicati nella competenza territoriale del Tribunale di San Marino. L'altra vertente su situazioni di fatto ipoteticamente diverse sulle quali si eccepisce l'incompetenza dello stesso Tribunale, situazioni di fatto alle quali si fanno vaghi riferimenti per esclusione.

Da quanto esposto appare che l'eccezione d'incompetenza, posta in subordine, non sembra corrispondere a quella esigenza di necessaria proposizione *in limine litis* quale elemento preclusivo della conoscenza del giudice sul dibattito aperto.

Ma, anche volendo dilatare questa visione dell'atto preliminare del processo iniziato, senza ripercorrere tutte le vicende che fanno da sfondo importante all'attuale controversia, ma che in questa sede appare inutile anche ricordare, si possono evincere due elementi oggettivamente ammessi da entrambe le parti. Essere il danno lamentato dalla parte attrice situazione di fatto che limita la sua attività di commercio in San Marino o da San Marino per altre sedi. Essere tale danno lamentato condizionato per la sua valutazione alla soluzione delle controversie penali pendenti presso il Tribunale di San Marino.

Di conseguenza **una giurisprudenza costante**, accanto a disposizioni normative vigenti, **individua nel luogo in cui si verifica il danno o il fatto dannoso il luogo in cui si incardina la competenza territoriale del giudice**. Sia l'istanza attrice che la replica delle convenute non dichiarano luoghi diversi da quelli dove l'attrice svolge presumibilmente la sua maggiore attività di commercio.

Ancora più incisiva appare la rilevanza, anche questa sottolineata da entrambe le parti, del procedimento penale ancora in corso presso il Tribunale della Repubblica. Tanto che, sia l'istanza attrice, che le controdeduzioni delle convenute fanno riferimento a documenti ed atti inseriti nel procedimento penale non ancora definito dinanzi al Tribunale sammarinese. In entrambe queste situazioni non soccorre a favore della tesi sostenuta dalle convenute l'aver cittadinanza estera (T.C. Giannini, *Sommario di procedura giudiziaria sammarinese*, a cura di F. Viroli, 1967, p.29 e la pronuncia dell'Ecc.mo Cons. dei XII del 19 aprile 1967 in *Giur. Samm.* 1964-1969, p.35, e quella del 13 maggio 1924 in *Giur. Samm.* 1924, p.4).

Queste considerazioni preliminari chiariscono la posizione delle parti, ma appaiono ininfluenti ai fini delle conclusioni a cui si è giunti, di conseguenza non verranno ulteriormente ragionate.

4. Dalla posizione processuale così delineata appare chiaramente che la linea difensiva della Levi Strauss Italia e della Levi Strauss & Co. nel proporre l'eccezione declinatoria di giurisdizione alternativamente ed in subordine ad altre eccezioni perentorie come l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'azione civile per imprescindibile relazione del giudicato penale dei procedimenti ancora aperti tra le parti, non viene a tutelare efficacemente *in limine litis* un eventuale interesse all'eccezione sulla competenza territoriale del giudice adito.

Infatti da quanto può desumersi dalle disposizioni delle *Leges Statutae* (Rubr. XXXIV del L. II, parr. 94 e 278) integrate dalle fonti usuali di diritto comune che soccorrono nei casi di specie e che sono state ampiamente analizzate in una costante e puntuale giurisprudenza, **perché tale eccezione possa produrre i suoi effetti deve essere avanzata nel primo atto di difesa diretto a resistere alla pretesa attrice, ma deve essere anche formalmente proposta prima di ogni altra controdeduzione o difesa nell'ambito di quanto dedotto in giudizio**. In armonia con la *ratio* delle leggi vigenti si

è formata un'interpretazione uniforme nella giurisprudenza che vede l'eccezione d'incompetenza territoriale come atto che deve essere preposto rigorosamente prima di ogni possibile valutazione di quanto dedotto in giudizio.

**Dunque ritualmente *in limine litis* poiché l'eccezione declinatoria preclude – se accolta – all'organo giurisdizionale adito qualsiasi esame della lite, sia nei suoi aspetti processuali che in quelli di merito.**

In tal senso è orientata tutta una giurisprudenza che trova le sue radici nel Codice giustiniano (C. 8. 35 (36). 13) e si sviluppa attraverso l'interpretazione del Voet, del Richeri, del De Luca, autori noti e citati ampiamente da una giurisprudenza attuale ampiamente motivata. Si veda la pronuncia dell'Ecc.mo Consiglio dei XII nella causa 20 ottobre 1970, in *Giur. Samm.* 1970-1980, p.73; e nella causa 19 dicembre 1978, in *Giur. Samm.* 1970-1980, p.77; e ancora nella causa 17 maggio 1983, in *Giur. Samm.* 1981-1990, p.155. Inoltre ampio riferimento alla dottrina e convincenti argomentazioni la pronuncia nella causa n.111 dell'anno 1992 (21 maggio 1992).

Di conseguenza si rivela poco coerente, se non contraddittorio, invocare l'eccezione declinatoria motivandola su situazioni vaghe e imprecisate, non fornendo elementi probanti per la richiesta avanzata allorchè si è proposto allo stesso organo giudicante, prima di tale eccezione, l'esame di una difesa orientata su situazioni che aprono necessariamente un dibattito sul merito della causa stessa e rendono così naturalmente incompatibili i due comportamenti processuali.



# **PARTE SECONDA**

## **GRADI DI MERITO**



---

**SEZIONE PRIMA – DECISIONI DI TERZO GRADO**

---

**1.**

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Victor Crescenzi), 7 marzo 1991.

Belluzzi Emma, Mularoni Elisa (Avv. R. Bonelli) : Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino (Avv. G.L. Berti) – Causa 263, anno 1985.

**Lavoro – Contratto collettivo – Efficacia obbligatoria “erga omnes” – Trattamento più favorevole.**

*E' inammissibile che, caso per caso, si possa stabilire, per via giudiziaria, se una disposizione contrattuale, singolarmente presa, debba o no essere considerata come peggiorativa del trattamento che ai lavoratori derivava da precedenti contratti, individuale o collettivo, dall'uso o dalla consuetudine, e farne discendere, appunto caso per caso, l'invalidità o almeno l'inefficacia di tale disposizione contrattuale.*

*Se altrimenti fosse, ciò significherebbe porre nel nulla il concetto stesso e la funzione dell'efficacia obbligatoria del contratto collettivo di lavoro “per tutti gli appartenenti alle categorie quali esso si riferisce”.*

**SENTENZA CONFORME:** primo grado.

**SENTENZA NON CONFORME:** secondo grado.

---

**FATTO**

In data 21 marzo 1985 la signora Emma Belluzzi, e in data 29 novembre 1984 la signora Elsa Mularoni, essendo in servizio presso la Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, rispettivamente la prima dal 1 ottobre 1963, la seconda dal 1 ottobre 1964, chiedevano di essere collocate a riposo con decorrenza rispettiva dal 1 luglio 1985 e dal 1 aprile 1985. La Cassa di Risparmio, con le note del 3 aprile 1985 per la signora Belluzzi, e del 27 dicembre 1984 per la signora Mularoni, comunicava di aver preso atto <<con vivo rincrescimento>> delle determinazioni delle due ricorrenti, specificando, comunque, per la prima: <<Ai sensi della legge 17/2/1961 n.7, art.33 – tabella C – e successive modifiche, il periodo di servizio effettivo che Ella svolgerà dal 15 febbraio al 31 marzo 1985 sarà considerato il periodo di preavviso di cui all'art. 77 del vigente contratto di lavoro aziendale.>>.

Al fine di <<vedersi erogato nella liquidazione di fine servizio anche l'indennità di disdetta o preavviso>>, entrambe adivano, ai sensi della legge 20 maggio 1985 n.63, la Commissione permanente conciliativa, la quale, su richiesta della Direzione della Cassa di Risparmio, indirizzata a permettere l'esame della questione al Consiglio di amministrazione, rinviava la decisione.

Con citazione 7 novembre 1985 le ricorrenti, chiamavano in giudizio la Cassa di Risparmio chiedendone la condanna <<al pagamento della indennità cosiddetta di

*disdetta o di preavviso o per quel titolo che meglio verrà precisato, quale parte integrante della liquidazione di fine servizio>>». La pretesa delle parti ricorrenti, infatti, si basa sul fatto che tale integrazione sarebbe stata erogata in passato a tutti i dipendenti al momento della loro cessazione dal servizio, indipendentemente dal titolo di tale cessazione.*

La Cassa di Risparmio resisteva alla domanda allegando il contratto aziendale dei funzionari sottoscritto il 1 febbraio 1985, per quanto concerne la posizione della signora Belluzzi e quello generale per i dipendenti sottoscritto il 6 settembre 1984, ma entrambi entrati in vigore con decorrenza dal 1 ottobre 1983, dal quale risulta definita la posizione della signora Mularoni, sostenendo che le norme ivi contenute avevano abolito la prassi invocata dalle parti attrici a sostegno della propria domanda. In particolare, osserva la parte convenuta che i rispettivi contratti aziendali di lavoro, in vigore al momento della cessazione dal servizio delle due dipendenti, prevedono una specifica disposizione che ha per oggetto la materia della indennità di preavviso (art. 77 per il contratto generale per i dipendenti e art. 24 del contratto specifico per i funzionari). Inoltre, tali norme contrattuali risultano corredate da specifiche rispettive note a verbale con le quali le parti si sono reciprocamente date atto del fatto che con i citati articoli 77 e 24 di tali contratti si intende *<<superato ogni precedente consuetudinario e giurisprudenziale in materia>>». Da tale accordo deriverebbe, secondo la tesi della convenuta, l'eliminazione della indennità di preavviso, quando, come nei casi in decisione, alla disdetta siano seguite le prestazioni di lavoro fino alla cessazione di rapporto. Sostiene, infine, la Cassa di Risparmio che nemmeno può invocarsi, nel caso in specie, la nullità delle citate norme contrattuali in virtù della norma di cui all'art. 40 della legge 1961 n.7 per lesione di diritti. Chiedeva dunque la ripulsa del ricorso delle parti attrici con la condanna al pagamento degli onorari e spese di causa.*

Le attrici ottenevano, in primo grado, il riconoscimento della indennità, ma la sentenza del Commissario della Legge veniva appellata dinanzi al Magistrato di appello per le cause di lavoro che la riformava a favore della parte convenuta ritenendo non fondata la pretesa delle signore Belluzzi e Mularoni.

La sentenza di appello veniva così impugnata in terza istanza dinanzi al Consiglio dei XII il quale con delibera del 22 marzo 1990 nominava il sottoscritto consulente con l'incarico di esprimere per iscritto il parere in merito alla controversia.

## DIRITTO

1. La costante giurisprudenza del Tribunale Commissariale (sentenze del Commissario della Legge nella causa civile n. 251 del 1979, Cassa di Risparmio di San Marino contro il m° Z.G. Savoretti; nella causa civile sommaria n. 825 del 1982, Cassa di Risparmio contro i signori A. Conti, P. Albani e N. Pedini; n. 321 del 1984, Cassa di Risparmio contro geom. A. Morri) ha dichiarato che *<<in favore dei dipendenti della Cassa di Risparmio si è stabilita consuetudine od uso a ricevere alla fine del rapporto di lavoro, tra le altre anche l'indennità di preavviso>>»; ne consegue che il pagamento della somma di danaro, così come sopra denominata, altro non è, che l'adempimento da parte della medesima Cassa, d'una obbligazione derivante da un uso ultraventennale. Si tratta di stabilire il contenuto di quest'obbligazione e la relazione che essa intrattiene con l'indennità sostitutiva del preavviso.*



2. Non è inutile ricordare qui che l'indennità sostitutiva del preavviso è istituito che si collega direttamente e univocamente all'obbligo, da parte di ciascun contraente d'un rapporto di lavoro subordinato privato a tempo indeterminato, di dare un preavviso, graduato a seconda dell'anzianità del prestatore d'opera, al rispettivo recesso. L'inosservanza di questo specifico obbligo determina, a carico della parte inadempiente, l'obbligazione sostitutiva a pagare una somma di danaro anch'essa graduata in funzione della durata del rapporto dal quale si recede (art. 33 della legge 17 febbraio n.7 del 1961, nonché tabella C allegata alla medesima legge).

Poiché la Cassa è stata chiamata a tale adempimento anche in assenza dei presupposti legali che legittimano il diritto del dipendente all'indennità di preavviso, perfino quando il recesso fu del dipendente, se ne deve concludere che il pagamento di quella somma intrattiene, con l'istituto della previa disdetta, un mero rapporto quantitativo, non già una relazione sostanziale: il riferimento all'indennità di preavviso assolve soltanto alla funzione di stabilire l'ammontare della somma che la Cassa deve erogare al dipendente, ossia la misura dell'obbligo che la medesima Cassa ha nei confronti del proprio dipendente, non la sua natura. Ques'ultima, infatti, è perfettamente definita dalla sua fonte: l'uso. Si tratta di un obbligo di natura contrattuale derivante dalla disciplina dello specifico rapporto di lavoro tra Cassa e suoi dipendenti, così come risulta anche per effetto di un uso (e non di una mera prassi, così come si legge in alcuni documenti di causa) che è divenuto parte integrante del contratto esistente almeno fino al 1 ottobre 1983; secondo tale disciplina, che ha squisita natura convenzionale, essendo di squisita natura convenzionale anche lo stesso uso accertato giudizialmente, la Cassa, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, è tenuta a corrispondere, oltre ad altri obblighi legali e contrattuali, un assegno il cui ammontare è determinato con riferimento alla tabella C della legge 1961, n.7.

Sicchè se ne deve concludere che la Cassa aveva fino all'entrata in vigore dei nuovi contratti aziendali, l'obbligo di corrispondere un trattamento di fine rapporto comprensivo sia dell'indennità di anzianità (la fonte e la disciplina della quale sono nella legge), sia di uno speciale assegno (la fonte e la disciplina del quale è nell'uso), il cui ammontare è stabilito sulla base dell'indennità di preavviso (tabella C della legge 1961 n.7). In altre parole, il salario differito del dipendente della Cassa di Risparmio di San Marino che ha prestato la sua opera in costanza di quell'uso giudizialmente accertato, non si esaurisce nell'indennità di anzianità, ma è integrato dall'assegno che, commisurato sulla base dell'indennità di preavviso (calcolata in funzione dell'anzianità del dipendente), la Cassa, per lo stesso uso, è obbligata a versare.

Se si parla di obblighi, tuttavia, non si può, riguardando le cose dal punto di vista dei dipendenti della Cassa, non parlare di diritti. Se la Cassa, per uso riconosciuto da una giurisprudenza costante, era obbligata alla prestazione così come sopra descritta, non si può non vedere come ai dipendenti della Cassa, che hanno prestato la loro opera in costanza di vigenza di tale uso, debba essere, sicuramente almeno fino all'entrata in vigore dei nuovi contratti aziendali, riconosciuto un corrispondente diritto di credito a vedersi erogato un trattamento di fine rapporto strutturato come sopra (vale a dire composto dall'indennità di anzianità e dall'assegno integrativo calcolato sulla base dell'indennità sostitutiva del preavviso). Non è dunque condivisibile l'affermazione dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni, secondo la quale <<non si versa in materia di diritti acquisiti, perché nessuna norma dei nuovi contratti fa salve le precedenti posizioni>>. Tale affermazione, infatti, è fondata su una circostanza, strettamente

connessa col punto in questione, la quale appunto attende specifica dimostrazione sul piano processuale, ossia la mancanza di una norma, nei nuovi contratti, che faccia salve le precedenti posizioni.

Invero, da un esame approfondito dei nuovi contratti aziendali tra Cassa di Risparmio e suoi dipendenti risulta che non solo esiste una implicita ricognizione, condotta da entrambe le parti contrattuali, della vigenza, fino a quel momento, dell'uso di integrare il trattamento di fine rapporto con l'assegno commisurato alla tabella C della legge n.7 del 1961, ma esiste altresì una analoga, ma esplicita - valevole <<per il futuro>> -, ricognizione delle situazioni acquisite, sulle quali, come meglio si vedrà tra poco, si è esercitato il potere di disposizione di entrambe le parti per mezzo dello strumento contrattuale. Se non si ammette questo presupposto - che integra un *prius* logico rispetto al ragionamento che si sviluppa - non si capisce nemmeno su quale complesso di situazioni giuridiche soggettive, dotate della consistenza di diritti e di reciproci obblighi, si espliciti la volontà delle parti confluita nella struttura dei due contratti aziendali.

In realtà, la vigenza di quell'uso accertato giudizialmente, che determina l'obbligazione della Cassa, da un canto, il corrispondente diritto di credito dei suoi dipendenti dall'altro, sono tali da configurare l'assegno aggiuntivo, che trova nell'uso il suo fondamento determinato, come uno degli elementi della causa del contratto di lavoro subordinato esistente tra Cassa e suoi dipendenti, che è quello che ha avuto sicuramente vigore fino alla data di decorrenza del contratto aziendale di lavoro generale dei dipendenti della Cassa sottoscritto il 6 settembre 1984 e, dal contratto aziendale di lavoro speciale per i funzionari della medesima Cassa, stipulato il 1 febbraio 1985, vale a dire, per entrambi, il 1 ottobre 1983.

3. La norma dell'art. 77 del contratto aziendale sopra richiamato (riprodotta integralmente nell'art. 24 del contratto speciale per i funzionari), va interpretata nella sua globalità: l'intenzione delle parti contraenti a ricondurre l'indennità sostitutiva del preavviso alla sua funzione legale non può essere disgiunta dalla loro intenzione ad abolire l'uso giudizialmente accertato del quale si è fin qui parlato.

In primo luogo va posta nella debita evidenza, come si è sopra accennato, la circostanza secondo la quale da tale norma l'uso dell'assegno aggiuntivo del trattamento legale di fine rapporto riceve espresso riconoscimento da parte della stessa Cassa di Risparmio.

Questa circostanza dà senso alla prima parte della nota a verbale apposta all'art. 77 (così come al corrispondente art. 24): se fosse finalizzata alla definizione dell'istituto del preavviso e della sua funzione sarebbe inutile, poiché la disciplina di tale istituto ha sede esclusivamente nella legge. La norma dell'art. 77 (come quella dell'art. 24) del contratto aziendale è volta a riaffermare che la disciplina legale del preavviso non dovrà più servire a strumento di calcolo per la determinazione di altre obbligazioni, specificamente di quella derivante dall'uso giudizialmente accertato e qui definitivamente riconosciuto dalla Cassa, che la concorde volontà delle parti intende abolire.

Non c'è dubbio che questa nota a verbale costituisce quindi espressa e chiara volontà delle parti finalizzata ad abolire ogni uso che fino ad allora abbia stabilito un collegamento con l'istituto della previa disdetta, il quale, a sua volta, deve servire soltanto alla funzione definita dalla legge.

Ma non c'è dubbio anche che per espressa volontà delle parti il contratto di lavoro esistente tra Cassa e suoi dipendenti non contemplerà in avvenire, come parte integrante del trattamento di fine rapporto, la corresponsione dell'assegno aggiuntivo al quale la medesima Cassa era obbligata in virtù di quell'uso.

Tuttavia, se la volontà delle parti è chiara in tal senso, altrettanto chiaro è che essa, indirizzata com'è <<per il futuro>>, lascia inalterato ogni diritto che ai dipendenti dell'Istituto di credito deriva dal contratto, così come lo si è sopra configurato, ossia comprensivo dell'uso del quale qui si parla, contratto rinnovato a decorrere dal 1 ottobre 1983. E che su ciò non possano essere avanzati dubbi risulta dal fatto che l'espressione <<per il futuro>> è riportata nella nota a verbale, e dunque in una parte del contratto deputata a ricevere una dichiarazione espressa, destinata ad eliminare ogni possibile dubbio in ordine alla precisa intelligenza della disposizione contrattuale alla quale è apposta e dell'effettiva volontà delle parti; ciò permette di affermare con sicurezza che l'eliminazione dell'uso di cui qui si discetta non ha natura di rinuncia a quanto le parti, o una di esse, ha fino ad allora acquisito per suo effetto. In altre parole l'introduzione delle parole <<per il futuro>> nella dichiarazione contenuta nella nota a verbale dell'art. 77 (e dell'art. 24) permette di affermare che l'espressa volontà delle parti è che l'intenzione ad abolire l'uso dell'assegno aggiuntivo integrativo dell'indennità di anzianità dal contratto di lavoro esistente tra Cassa e suoi dipendenti non pregiudica né vuole pregiudicare la situazione esistente fino alla entrata in vigore del contratto, ma anzi che la norma dell'art. 77 (e dell'art. 24) avrà efficacia solo sul nuovo rapporto di lavoro così come disciplinato dal contratto aziendale che la contiene. Questo, e non altro, è il fondamento della domanda delle signore Belluzzi e Mularoni nei confronti della Cassa di Risparmio di San Marino.

4. Peraltro le parti attrici sostengono la tesi secondo la quale la disposizione contrattuale introdotta dagli articoli 77 e 24 dei due contratti qui dedotti sarebbe in contrasto con l'art. 40 della legge n.7 del 1961 che sancisce la nullità delle rinunce e transazioni compiute dal lavoratore al trattamento che gli è riservato dalla legge o dai contratti collettivi. Tale norma non trova, nella questione qui in esame, alcun ambito di applicazione in quanto essa ha per oggetto esclusivamente rinunce e transazioni di carattere individuale che possano intervenire durante il rapporto di lavoro oppure al suo termine. Non può, viceversa, applicarsi alle disposizioni contrattuali collettive, quali quelle qui in esame, pena lo svuotamento dello stesso istituto della contrattazione collettiva. Ciò sarebbe in contrasto con tutto lo spirito della legge n.7 del 1961 e in particolare con il primo comma dell'art. 8 e con il primo comma del successivo art. 9. In realtà un contratto collettivo di lavoro, qual è quello aziendale intercorso tra Cassa di Risparmio e suoi dipendenti, con il quale venga ridefinito globalmente il rapporto di lavoro esistente, con conseguente riconfigurazione del complesso dei reciproci diritti e obblighi, può portare a modifiche di determinate situazioni contrattuali la cui valenza migliorativa o peggiorativa deve essere ponderata nel complesso del contratto. Ciò, ovviamente non può essere considerato né rinuncia né transazione, rispetto al contratto precedente, ma fa parte della trattativa contrattuale, che deve essere lasciata alla completa disponibilità delle parti legittimate a condurla. L'art. 40 della legge n.7 del 1961, sottrae alla disponibilità del prestatore d'opera il potere di disporre individualmente di determinati diritti, così come sono sanciti dalla legge o dal contratto collettivo. Esso va letto in visione sistematica con la norma dell'art. 11 che, ammettendo la liceità di trattamenti più favorevoli, derivanti dal contratto collettivo, rispetto a quelli stabiliti dalla legge, nelle materie da questa disciplinate, *econuerso* sancisce l'illiceità di trattamenti derivanti da contratti collettivi peggiorativi, rispetto alla legge stessa per le materie da questa disciplinate.

5. Le parti attrici ritengono anche che la disposizione degli articoli 77 e 24 sia in contrasto con l'art. 59 della legge 1961 n.7, che sancisce la prevalenza del trattamento di miglior favore per il prestatore d'opera, quando tale trattamento gli provenga dal contratto individuale, di categoria o dagli usi.

Questa tesi non è condivisibile: essa, infatti, è il frutto d'una lettura dell'art. 59 astratta dal complesso della legge, la quale, intitolata com'è alla <<tutela del lavoro e dei lavoratori>>, è finalizzata a disciplinare la contrattazione collettiva. L'interpretazione proposta, al contrario, se accolta, porterebbe alla conseguenza di una perdita della tutela del lavoro e dei lavoratori e di un'autentica paralisi della contrattazione collettiva. Ed invero, ammettere che una disposizione del contratto aziendale possa essere fatta ricadere nella fattispecie della norma dell'art. 59, così come risulta dalla interpretazione propugnata dalle parti attrici, perché peggiorativa rispetto ad un trattamento ritenuto più favorevole, così come scaturisce dalla precedente disciplina del rapporto di lavoro esistente tra Cassa e suoi dipendenti, varrebbe a dire che l'art. 59 avrebbe introdotto, nell'ordinamento sammarinese, un generalizzato e assoluto divieto legale ad una *reformatio in pejus* delle condizioni contrattuali dei dipendenti privati. Una tale interpretazione, oltre che inutile ai fini della causa qui in esame, come subito meglio si vedrà, sarebbe gravemente lesiva della stessa libertà di contrattazione dei sindacati, poiché sancirebbe la indisponibilità, ai fini contrattuali, di tutte le situazioni acquisite dai prestatori d'opera, con evidente impossibilità di condurre in porto sia le trattative che precedono la conclusione del contratto, sia la conclusione di ogni contratto collettivo. Occorre qui ripetere quanto si è già detto poco più sopra a proposito dell'art. 40 della medesima legge. In realtà un contratto collettivo di lavoro, qual è quello aziendale intercorso tra Cassa di Risparmio e suoi dipendenti, con il quale venga ridefinito globalmente il rapporto di lavoro esistente, con conseguente riconfigurazione del complesso di reciproci diritti e obblighi, può portare a modifiche di determinate situazioni contrattuali la cui valenza migliorativa o peggiorativa deve essere ponderata nel complesso del contratto. Impedire la disponibilità di situazioni favorevoli acquisite dai dipendenti per effetto di contratto o di uso, relative ad un determinato aspetto del rapporto di lavoro, al fine di ottenere, in sede di trattativa per un nuovo contratto di lavoro, miglioramenti in altri ambiti del medesimo rapporto ritenuti globalmente più vantaggiosi, vale come dire rendere inutile tutto il complesso strumento della contrattazione collettiva. Ciò sarebbe, specificamente in contrasto evidente con il primo comma dell'art. 8 della legge n.7 del 1961; ma sarebbe ancor più in contrasto con il successivo art. 9, col quale si introduce l'efficacia obbligatoria del contratto collettivo <<per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali esso si riferisce>>. Lasciare che caso per caso si possa stabilire, per via giudiziaria, se una disposizione contrattuale, singolarmente presa, debba o meno essere considerata come peggiorativa del trattamento che ai lavoratori derivava dai precedenti contratti individuale o collettivo, dall'uso o dalla consuetudine e farne discendere, appunto caso per caso, l'invalidità o almeno l'inefficacia di tale disposizione contrattuale, significa porre nel nulla il concetto stesso e la funzione dell'efficacia *erga omnes* statuita dall'art. 9 citato.

**In realtà la norma dell'art. 59 della legge n.7 del 1961 deve essere collocata nel suo ambito normativo specifico di norma transitoria e finale nei confronti della stessa legge che la contiene e serve a salvaguardare eventuali trattamenti di miglior favore, rispetto alle materie disciplinate dalla stessa legge 1961 n. 7, che derivino ai**

**dipendenti privati da contratti <<in corso>>** (vale a dire *in corso* al momento dell'entrata in vigore della stessa legge), **individuali o collettivi o da usi**.

La norma dell'art. 59, in conclusione, stabilisce l'ultrattività dei contratti individuali o collettivi o degli usi o delle consuetudini, in vigore - <<in corso>> - all'entrata in vigore della legge n. 7 del 1961, i quali, nelle materie disciplinate dalla legge, assicurino al lavoratore dipendente un trattamento più favorevole rispetto a quello introdotto dalla stessa legge; ma non vieta che codeste situazioni possano essere lecitamente oggetto di atti di disposizione convenzionale collettiva, anche se tali atti siano indirizzati alla loro riduzione o eliminazione, quando in tal senso si espliciti la volontà contrattuale.

**La necessità di tale norma risulterà chiara quando la si consideri sia in ordine alla grande portata che ha, nell'ordinamento sammarinese, la legge n.7 del 1961, sia, più specificamente, in ordine alla norma dell'art. 11, che ammette che il contratto collettivo contenga un trattamento più favorevole per il lavoratore rispetto a <<quello previsto dalle norme riguardanti la materia del lavoro>>, nonché in ordine al secondo comma dell'art. 9 che sancisce, in caso di concorso di più contratti, la prevalenza del trattamento più favorevole. La funzione dell'art. 11, infatti, è quella di assicurare, per i contratti futuri, la prevalenza del trattamento più favorevole rispetto alla disciplina legale; la funzione del secondo comma dell'art. 9 serve a dirimere il conflitto tra due trattamenti derivanti da contratti concorrenti; sarebbe rimasto privo di disciplina l'ambito esistente tra il regime precedente e quello introdotto dalla legge: questo è stato coperto per mezzo dell'art. 59, la cui necessità sistematica, nel senso qui posto in luce, risulterà così evidente.**

6. In realtà, come si è già anticipato sopra, il fondamento della domanda delle signore Belluzzi e Mularoni sta in ciò, che il diritto di credito a ricevere l'assegno integrativo del trattamento legale di fine rapporto non è toccato dalla norma dell'art. 77 (né da quella dell'art. 24) per i dipendenti, quali sono la signora Belluzzi e la signora Mularoni, che erano in servizio prima dell'entrata in vigore del contratto aziendale per la parte di diritto maturato fino alla sua entrata in vigore. La nota a verbale apposta ai due articoli 77 e 24, infatti, dispone espressamente che la disciplina che scaturisce dal contratto aziendale che la contiene vale <<per il futuro>>, e di ciò si sono date atto, altrettanto espressamente, le parti. Ne consegue che alle signore Belluzzi e Mularoni va senz'altro riconosciuto quell'assegno aggiuntivo per la parte che è maturata fino all'entrata in vigore della norma dell'art. 77 (e dell'art. 24), calcolandone l'ammontare secondo l'anzianità di servizio sulla base della tabella C della legge n.7 del 1961, assumendo come termine finale il 1 ottobre 1983, data di entrata in vigore del contratto aziendale, e quindi data dell'estinzione del diritto a percepire tale assegno, essendo stato, a partire da tale data, abolito l'uso che ne era la fonte.

D'altro canto, poiché entrambe hanno intrattenuto con la Cassa un rapporto di lavoro ultradecennale, la limitazione di quanto esse hanno maturato al 1 ottobre non ha rilevanza alcuna dal punto di vista quantitativo; l'indennità sostitutiva del preavviso, infatti, non subisce incremento al di sopra dei dieci anni di servizio (tabella C della legge 1961 n. 7); e poiché questa indennità, come si è sopra chiarito, è il parametro di calcolo per la determinazione dell'ammontare dell'assegno integrativo del trattamento legale di fine rapporto, se ne può concludere che le parti attrici hanno diritto all'intero ammontare di quell'assegno in quanto al 1 ottobre 1983 esse avevano ampiamente maturato l'anzianità necessaria per il conseguimento del suo massimo ammontare.

## 2.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Victor Crescenzi), 3 dicembre 1992.

Stolfi Sergio Francesco (Avv. G.L. Berti) : Fabbri Maria (Avv. G. Giardi) – Causa n. 56, anno 1987.

**Separazione dei coniugi – Assegno Alimentare – Funzione assistenziale.  
Scioglimento del matrimonio – Assegno periodico o divorziale – Contributo di solidarietà attiva.**

*Il diritto al mantenimento, in capo al coniuge privo di adeguati redditi propri, è un diritto soggettivo, tipico di credito, che scaturisce dalla sussistenza del rapporto matrimoniale, nel momento in cui si versi in una situazione di separazione personale, giudizialmente sancita. L'assegno alimentare ha funzione meramente assistenziale e residuale, applicabile solo nei casi espressamente previsti dalla legge.*

*Al contrario, l'assegno che scaturisce dalla pronuncia di scioglimento, o di cessazione degli effetti civili, del matrimonio, si pone in un ambito concettuale di solidarietà attiva. Il suo contenuto specifico va rapportato alla specifica situazione in cui versano rispettivamente i coniugi al momento della pronuncia di divorzio, avuto riguardo all'incidenza che abbiano avuto le vicende matrimoniali in ordine all'istaurarsi di tale rispettiva situazione. In tal senso l'assegno si pone come un contributo di solidarietà attiva al coniuge economicamente più debole, affinché questi possa conseguire il proprio mantenimento.*

*Qui sta il fondamento pratico del potere discrezionale del giudice. Questo obbligo infatti è costituito dal giudice quando la capacità lavorativa di uno dei due coniugi, vista sia nella sua essenza naturalistica, sia nella dinamica del rapporto matrimoniale che si va a sciogliere, risulta compromessa al punto di non essere adeguata ad un auto mantenimento.*

**SENTENZA CONFORME:** decisione di secondo grado del 10 febbraio 1992<sup>11</sup>.

**SENTENZA NON CONFORME:** decisione di primo grado del 25 luglio 1990.

---

FATTO

I. Con atto di citazione del 12 marzo 1987 il sig. Sergio Francesco Stolfi ha convenuto dinanzi al Tribunale Commissariale la moglie signora Maria Fabbri per sentire dichiarare:

- 1) la cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso celebrato il 14 ottobre 1951 e successivamente trascritto nei registri dello stato civile;
- 2) la dichiarazione dell'esenzione per sé medesimo sig. Stolfi dalla corresponsione dell'assegno periodico previsto dall'art. 128 della legge n.49 del 1986.

---

<sup>11</sup> Vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 6.

Tutto ciò sulla base di alcune premesse, tra le quali qui rilevanti sono:

- a) l'intervenuta separazione consensuale omologata con sentenza di S.S. il Commissario della sentenza del 5 aprile 1982 (registrata il pari data al n.829, vol. 172);
- b) l'intervenuta convenzione tra i coniugi indirizzata a risolvere ogni questione attinente i rapporti patrimoniali;
- c) l'adeguata capacità lavorativa della coniuge convenuta, tale da escludere ogni obbligo patrimoniale da parte dell'altro coniuge attore in applicazione del terzo comma dell'art. 128 della citata legge n.49 del 1986.

Alla domanda resisteva la convenuta signora Maria Fabbri soltanto per la parte relativa al punto 2, nulla eccependo in ordine al punto 1.

La convenuta, in particolare, respingeva la pretesa di cui al citato punto 2 e anzi richiedeva lo specifico regolamento dei rapporti patrimoniali tra i due coniugi, affermando la sussistenza delle condizioni per l'applicazione nei propri confronti dell'art. 128 della legge n.49 del 1986 e quindi richiedendo al giudice la costituzione dell'obbligo del sig. Stolfi di corrisponderle quanto necessario al proprio mantenimento, tenuto conto della propria inesistente o almeno gravemente ridotta capacità lavorativa.

La convenuta, inoltre, dichiarava essere pendente dinanzi al medesimo Tribunale una propria domanda tesa ad ottenere la conversione in assegno di mantenimento dell'assegno alimentare derivante dalla sentenza di separazione (causa civile n.16 del 1987) e richiedeva nella comparsa del 9 aprile 1987, la riunione delle due cause *<ai fini di un'unica trattazione>>*; con tale richiesta, nella comparsa del successivo 30 aprile, concordava l'attore affinché *<<la presente causa proceda riunita a quella promossa dalla Fabbri Maria di cui al fascicolo n.16/1987>>*.

La convenuta, infine, in corso di causa, e precisamente nell'udienza del sette aprile del 1988 dichiarava di ritenere equo, e dunque determinava, un ammontare dell'assegno di mantenimento richiesto in £. 500.000 mensili rivalutabili.

In data 25 luglio 1990 il Commissario della Legge depositava la sentenza con la quale dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio tra la signora Fabbri e il sig. Stolfi e *<<confermava>>* l'obbligo dell'attore di corrispondere alla convenuta un assegno mensile di £. 150.000, oltre agli assegni familiari, da rivalutare ogni anno in base al costo della vita, compensando le spese di giudizio.

II. Contro tale sentenza interponeva ritualmente appello la signora Fabbri richiedendo:

- 1) che le venisse riconosciuto il diritto al mantenimento fin dal 1 luglio 1986, data di entrata in vigore della legge n.49 del 1986;
- 2) che quindi l'assegno da corrisponderle fosse commisurato a tale diritto, con l'obbligo della rivalutazione annuale;
- 3) che il sig. Stolfi fosse condannato al pagamento degli assegni arretrati, sia a titolo di alimenti sia a titolo di mantenimento, con interessi e svalutazione, ovvero fosse condannato alternativamente al pagamento di una somma forfettaria a titolo di arretrati.

Tutto ciò sulla base di motivi sia di fatto che di diritto, tra i quali meritano qui espressa menzione:

- a) che l'assegno riconosciuto alla signora Fabbri nella sentenza di primo grado è esattamente dello stesso ammontare di quello che alla medesima signora Fabbri era stato riconosciuto a titolo alimentare nella sentenza di omologazione della separazione consensuale (n.277 del 1979);
- b) che tale assegno non era stato mai rivalutato;

c) che il sig. Stolfi non aveva mai erogato alla signora Fabbri la somma di £. 4.500.000 (con interessi a decorrere dal 15 giugno 1979) per assegni arretrati;

d) che la sentenza di primo grado aveva ignorato espressamente la differenza tra assegno alimentare e assegno di mantenimento introdotta dalla citata legge n.49 del 1986;

e) che la decisione di S.S. il Commissario della Legge era censurabile in quanto non teneva nel doveroso conto di tutte le risultanze processuali, in particolare dava prevalenza ad alcune deposizioni contro altre senza adeguata motivazione.

All'appello contraddiceva il sig. Stolfi allegando, tra l'altro, sue doglianze specifiche contro la sentenza di primo grado, ritenendola ingiusta per la parte in cui riaffermava l'obbligo di corrispondere l'assegno di £. 150.000, visto che, secondo la tesi del sig. Stolfi, la propria coniuge era perfettamente in grado di mantenere se stessa.

L'appello era deciso con sentenza pubblicata il 17 marzo 1992. La sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni civili, confermata la sentenza impugnata per quanto concerne la cessazione degli effetti civili del matrimonio in questione, in riforma della sentenza di primo grado

1) dichiara che il sig. Stolfi è tenuto a corrispondere mensilmente alla signora Fabbri l'assegno di mantenimento previsto dalla legge n.49 del 1986;

2) condanna il sig. Stolfi a somministrare alla signora Fabbri tale assegno mensile, fissato nella misura del 33% della retribuzione parimente mensile percepita dal medesimo sig. Stolfi;

3) accertato che il sig. Stolfi ha ingiustamente omesso di sottoporre a rivalutazione l'assegno alimentare in passato corrisposto alla signora Fabbri, lo condanna a corrispondere alla medesima signora Fabbri la somma di £. 6.000.000;

4) condanna il medesimo sig. Stolfi al pagamento delle spese e onorari di causa.

III. Contro la sentenza di appello ricorre ora dinanzi all'Ecc.mo Consiglio dei XII il sig. Stolfi chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

Il sig. Stolfi sostiene che il reddito da lui percepito, reddito che gli deriva dal trattamento di pensione, è oltremodo esiguo, in quanto assomma a £. 1.900.000 mensili. Rileva, inoltre:

a) che il proprio stato di salute, accertato da perizia di ufficio, è talmente compromesso da non poter svolgere alcuna attività lavorativa, ciò che, del resto, è espressamente escluso dalla citata perizia;

b) che la signora Fabbri a seguito degli accordi intervenuti a suo tempo relativi alla ripartizione del patrimonio comune, si è vista riconosciuta la proprietà di alcuni immobili, che ha poi alienato, incassando così liquidi che, a parere del ricorrente, non possono considerarsi esigui (circa cento milioni di lire) e che comunque sono tali da escludere un suo stato di bisogno;

c) che tale stato di bisogno risulterebbe escluso dalle deposizioni che attestano che la signora Fabbri sarebbe dedita ad attività di lavoro artigianale nel ramo della maglieria, lavoro che sarebbe compatibile col suo stato di salute, così come risulta accertato dalla perizia d'ufficio depositata in atti;

d) che proprio in considerazione di tutto ciò il sig. Stolfi si è da sempre opposto ad ogni pretesa della signora Fabbri a ricevere assegni di qualsiasi entità, che peraltro, durante il procedimento di primo grado, era stata fissata in £. 500.000 mensili con rivalutazione;

e) che la signora Fabbri avrebbe omesso di portare a conoscenza degli organi giudicanti, violando il disposto dell'art. 118 della legge n.49 del 1986, una specifica fonte di reddito, vale a dire la titolarità di una pensione sociale di invalidità, integrata con



assegno per particolare bisogno finanziario, erogatale dall'I.S.S. per un importo mensile di £. 789.744, a dimostrazione della quale il sig. Stolfi allega *in manica* una comunicazione dello stesso I.S.S. datata 9 settembre 1992 (prot. N.6169/U.Pn.), sottoscritta dal Direttore generale dell'Ente sig. Piero Chiaruzzi.

Al ricorso resiste la signora Fabbri ripetendo le argomentazioni già sviluppate nei precedenti gradi di giudizio.

In particolare la signora Fabbri fa rilevare a codesto Ecc.mo Consiglio, tra l'altro:

- a) che la sentenza di primo grado cada in errore quando, nello stabilire i diritti della convenuta, ignori espressamente la differenza tra la figura dell'assegno alimentare e quella dell'assegno di mantenimento, che scaturisce dalla legge n.49 del 1986;
- b) di aver dovuto rinunciare in costanza di matrimonio ad un posto di bidella per accudire alle necessità della famiglia;
- c) che attualmente il proprio stato di salute non è meno grave di quello del ricorrente e comunque è tale da impedirle qualsiasi attività lavorativa;
- d) che fino ad ora ha dovuto affidarsi alla generosità dei propri figli per il proprio sostentamento;
- e) che non corrisponde a verità l'affermazione del sig. Stolfi, secondo il quale ella gestirebbe un'attività artigianale di lavoro domestico nel ramo della maglieria;
- f) che viceversa ha effettivamente svolto occasionalmente lavori a tempo parziale di tipo stagionale;
- g) che tutto ciò è risultato in atti e risulta in particolare dal confronto delle deposizioni dei congiunti del sig. Stolfi con quelle dei figli, argomentando sulla maggiore attendibilità di questi ultimi in quanto potenzialmente equidistanti rispetto ai propri genitori, contro i primi.

Con delibera del 17 luglio 1992 (pratica n.2621) l'Ecc.mo Consiglio dei XII, preso atto della conformità delle pronuncie quanto al profilo della cessazione degli effetti civili del matrimonio tra i signori Stolfi e Fabbri, considerata la difformità delle medesime pronuncie relative al profilo degli effetti patrimoniali connessi con tale cessazione degli effetti civili, mi ha nominato Consulente per il giudizio di terza istanza; il 24 settembre 1992 mi venivano consegnati gli atti.

## DIRITTO

1. In ordine ai rapporti patrimoniali connessi alla cessazione degli effetti civili del matrimonio con la signora Fabbri (e dunque facendo astrazione dalla questione degli effetti civili di esso matrimonio, poiché non vengono conosciuti dal Consiglio dei XII in quanto su di essi esiste concordanza perfetta tra le due pronuncie di primo e secondo grado), la domanda del sig. Stolfi, che introduceva il giudizio di primo grado, chiedeva che, in ordine all'applicazione dell'art. 128 della legge 26 aprile 1986 n.49, *Riforma del diritto di famiglia* (d'ora in poi qui indicata come *Rif. fam.*), non fosse stabilito dal giudice, cui si chiedeva la pronuncia della cessazione degli effetti civili, alcun assegno a suo carico, ritenendo, come si è ricordato sopra, non sussistere una situazione tale da giustificare, nei suoi confronti, l'applicazione della norma sopra richiamata. Argomentando *econtrario* dal terzo comma del citato art. 128, il sig. Stolfi, sulla base del presupposto di un'adeguata capacità lavorativa della signora Fabbri, affermava l'inesistenza delle condizioni per la costituzione a proprio carico dell'obbligo previsto dal primo comma del medesimo articolo.

Una domanda così configurata poteva, se accolta, avere un solo esito: una sentenza di mero accertamento negativo circa l'esistenza, allo stato dei fatti, delle condizioni richieste dalla legge, vale a dire dall'art. 128 *Rif. fam.* per l'attribuzione a carico dell'istante d'un obbligo alla somministrazione nei confronti del coniuge convenuto, di un assegno, la natura del quale sarà oggetto di apposita indagine tra breve.

Invero, l'art. 128 *Rif. fam.* dispone che il giudice, pronunciando lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, costituisca in capo ad uno dei coniugi l'obbligo di somministrare all'altro coniuge un assegno periodico. Tuttavia, contrariamente a quanto accade per la separazione (art. 117 *Rif. fam.*), qui la legge non definisce espressamente la natura, la funzione e le caratteristiche di questo assegno, le quali vanno desunte dal sistema della medesima legge. Dal quale sistema si può ricavare in primo luogo che in questo caso al giudice è lasciata una ampia discrezionalità, che certamente interagisce con l'altrettanto ampio potere di valutazione dei propri rispettivi interessi, che sicuramente hanno le parti al verificarsi di una fattispecie di scioglimento del vincolo matrimoniale, o dei suoi effetti civili, com'è il caso qui in esame.

Il riconoscimento di tale ampia discrezionalità non può essere negata dal taglio decisamente generico che il legislatore ha impresso alla norma: genericità che risalta con particolare evidenza quando questa norma venga posta a confronto: a) con la norma degli art. 117 e 118 nonché, per altrettanto evidente contrasto, con la formulazione del successivo art. 119; b) con la norma dell'art. 5, con particolare riguardo al comma 6 della legge 1° dicembre 1970 n.898 *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (nel testo aggiornato redatto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'art. 6 secondo comma della legge 11 dicembre 1984 n.839, quale risulta dalle modifiche introdotte dalla legge 1° agosto 1978 n.436 e dalla legge 6 marzo 1987 n.74) della Repubblica italiana. Il confronto con quest'ultima disciplina è lecito sia in generale, perché un esame comparatistico tra ordinamenti legati da profondi legami non può non essere proficuo all'interpretazione delle norme da applicare; sia perché, più specificamente, qualora si dovesse pervenire all'accertamento di una lacuna nella norma sammarinese, il ricorso alla *lex loci uicinioris* s'imporrebbe come prevalente rispetto al ricorso al diritto comune che in linea di principio, per questa materia, è guardato con disfavore dal legislatore (art. 145 *Rif. fam.*, che <<abroga [...] norme, consuetudini ed istituti anche di diritto comune in contrasto con le disposizioni della presente legge>>); è infatti sicuro che la struttura del diritto di famiglia, così come risulta dalla riforma introdotta nell'ordinamento italiano dalla legge 19 maggio 1975 n.151 è notevolmente più vicina alla struttura che scaturisce dalla riforma sammarinese del 1986 di quanto non lo siano le norme del diritto comune. Proprio la materia del contendere nella lite qui in decisione sta lì a dimostrarlo.

Dal duplice confronto con la legge sammarinese e con la legge italiana, si può tuttavia ricavare la più ferma convinzione che la norma sammarinese, adottando una formulazione meno analitica di quanto non faccia la legge italiana e la stessa legge sammarinese per l'assegno di cui agli artt. 117 e 118, abbia impresso all'assegno dell'art. 128 *Rif. fam.* una configurazione dotata di propria specificità.

**Questa specificità fa largo affidamento sia sul potere discrezionale del giudice, che si è già visto essere notevolmente ampio, sia sul potere dispositivo delle parti in ordine alla tutela dei loro rispettivi interessi, che si deve presumere pieno, in una**

situazione, quale quella in questione, in cui non esiste il problema della tutela di prole coinvolta dal divorzio.

**Discrezionalità, tuttavia, non vale licenza o arbitrio: al contrario è concetto rigorosamente correlato ad un sistema di limiti e di criteri legali**, atti a permettere al giudice di realizzare una corretta ed efficace applicazione della norma, ossia la tutela di interessi ritenuti dall'ordinamento meritevoli di protezione: questi criteri e questi limiti sono, nella fattispecie che si sta qui delineando: **a) il concetto di *mantenimento*, che costituisce, nella materia qui in discussione, come ha precisamente rilevato il Giudice delle Appellazioni, uno degli autentici tratti di novità della riforma del 1986; b) il concetto di assegno *alimentare*, come risulta dalla configurazione dell'art. 119; c) la sussistenza di alcune condizioni di fatto, al verificarsi delle quali il potere del giudice si esplica; d) il potere dispositivo delle parti, quale espressione della loro autonomia privata in ordine alla tutela qualitativa e quantitativa dei proprio interessi.**

Va subito chiarito, tuttavia, che dire che il *mantenimento* costituisce l'ambito concettuale legale, all'interno del quale si deve esplicitare il potere discrezionale del giudice, non deve significare che l'assegno dell'art. 128 costituisce un <<*assegno di mantenimento*>>, che invece costituisce la fattispecie disciplinata dall'art. 117. Diverse, infatti, sono le due figure, come diverse sono le rispettive finalità che con quelle figure il legislatore si proponeva di realizzare.

**L'assegno previsto dall'art. 117, la cui determinazione è disciplinata dal successivo art. 118, non è altro che la quantificazione d'un diritto soggettivo di credito che la legge attribuisce al <<*coniuge separato che non ha adeguati redditi propri*>> nei confronti dell'altro coniuge; questo diritto non è costituito dal giudice, bensì soltanto dichiarato. In altri termini, l'ordinamento riconosce che l'obbligo reciproco all'assistenza materiale che intercorre tra i coniugi ai sensi del secondo comma dell'art. 28 *Rif. fam.*, obbligo che fonda un verace diritto di credito all'assistenza materiale che ogni coniuge ha nei confronti dell'altro – nonché l'obbligo alla coabitazione, che è anche diritto all'uso della casa coniugale, diritto i cui risvolti patrimoniali non sono meno penetranti di quelli puramente personali – si trasforma in un obbligo al mantenimento, ovvero, meglio, in un diritto di credito nominato e tipico**, ossia il diritto al mantenimento che, in una situazione di patologia del vincolo e specificamente di sospensione di alcuni suoi effetti personali, quale si realizza con la separazione, si costituisce in capo al coniuge privo di redditi adeguati.

**In questo quadro, la capacità lavorativa del coniuge creditore non costituisce la condizione d'esistenza del diritto al mantenimento, ma uno dei parametri per la sua determinazione quantitativa, altri parametri essendo la posizione economica e patrimoniale di ciascun coniuge, nonché il rispettivo reddito (art. 117 *Rif. fam.*).** La circostanza che il secondo comma del citato art. 117 disciplini in modo analitico i criteri da valutare per l'accertamento della capacità lavorativa non vuol dire che questa assuma un rilievo maggiore di quanto risulti dalla stessa legge; la quale stabilisce che la trasformazione dell'obbligo all'assistenza materiale – che non viene meno, neanche in una situazione di separazione personale – nel diritto al mantenimento si verifichi se esiste uno stato di inadeguatezza dei redditi di uno dei coniugi separati. Tale stato di inadeguatezza costituisce il presupposto per la metamorfosi dell'obbligo di assistenza materiale nel diritto nominato e tipico al mantenimento. Tutto ciò è in perfetta coerenza sistematica con l'enunciazione degli obblighi derivanti dal matrimonio sanciti dal già

sopra evocato art. 28, alcuni dei quali, senza dubbio, sono patrimonialmente caratterizzati o caratterizzabili.

La conseguenza di ciò è che **il giudice adito dal coniuge separato privo di adeguati redditi non ha alcun potere discrezionale oltre quello riconosciuto dal secondo comma dell'art. 118 di determinare <<in via equitativa l'ammontare dell'assegno di mantenimento>>**. In particolare, la sentenza che scaturisce dal procedimento attivato dal coniuge creditore non costituisce, bensì dichiara il diritto, una volta che abbia accertato l'inadeguatezza del suo reddito e soltanto ne determina in via equitativa l'ammontare.

L'analisi differenziale tra il diritto al mantenimento, così come configurato dall'art. 117 e l'assegno periodico dell'art. 128 deve tener conto dei diversi momenti in cui queste due figure sono chiamate ad operare. **Il diritto al mantenimento è parte integrante della struttura del rapporto matrimoniale, in quanto un elemento di tale struttura consiste nell'obbligo (e nel reciproco diritto) alla assistenza materiale** (art. 28 *Rif. fam.*). Questa, a sua volta, non può essere ridotta ad una sequenza di prestazioni pecuniarie o generalmente patrimoniali, anche se si identifica come un elemento di natura squisitamente economica: **l'assistenza materiale, in costanza di matrimonio e in costanza di rapporti personali consiste in un *quid* di complesso, che non è il caso qui di indagare partitamente; basterà dire che questa complessità si semplifica e si specifica nel diritto di credito al mantenimento, nel momento in cui si instaura una situazione di crisi, che si formalizza nel provvedimento giudiziario che pronuncia la separazione o omologa la separazione consensuale** (artt. 108, 111, 117 e 118 *Rif. fam.*). Questa specificazione, dunque, è, per così dire, una trasformazione, un'autentica metamorfosi dell'obbligo all'assistenza materiale, che sta in diretta continuità con la struttura del rapporto coniugale. Tale è la forma per mezzo della quale l'ordinamento assicura che l'obbligo all'assistenza materiale, che non viene estinto né soppresso dall'instaurarsi di uno stato di separazione personale, trovi concreta attuazione in una situazione in cui, venendo meno la convivenza, tale obbligo potrebbe essere praticamente vanificato. Per questo, si può dire che il diritto al mantenimento è un diritto soggettivo tipico di credito che al coniuge privo di adeguati redditi discende dall'esistenza di un rapporto matrimoniale in una situazione di separazione personale.

**Ruolo importante per la determinazione dell'ammontare dell'assegno è la *capacità lavorativa***. L'art. 117 sembra prendere in esame due nozioni di capacità lavorativa: a) una nozione generica, per così dire naturalistica, che riguarda entrambi i coniugi, quindi anche il coniuge obbligato; b) una nozione legale, configurata dal secondo comma, che riguarda il coniuge avente diritto. Si deve tuttavia ribadire che in entrambi i casi la capacità lavorativa non è la condizione per l'effettiva attuazione del diritto, bensì solo uno dei parametri che servono al giudice per la determinazione dell'entità dell'assegno che attua il diritto al mantenimento.

**Dalla nozione di capacità lavorativa si desume che questa è costruita dalla legge non solo con riferimento alla situazione in cui attualmente versi il coniuge avente diritto** (lettere *a, b, c, d* del secondo comma dell'art. 117), **ma anche avuto riguardo ad una valutazione per così dire dinamica che tenga conto del completo svolgersi della vita familiare e in particolare matrimoniale fino al momento della separazione e sull'effetto che questo svolgimento ha avuto sull'effettiva attuale attitudine del coniuge avente diritto allo svolgimento di un'attività lavorativa esterna alla cerchia familiare** (lettera *e*, art. 117, comma 2).

**Il giudice, dunque, nel determinare l'ammontare dell'assegno di mantenimento dovrà valutare quanto abbia inciso sulla attitudine del coniuge avente diritto l'aver abbandonato la vita lavorativa attiva per aver <<interrotto o rinunciato al rapporto di lavoro in costanza di matrimonio per accudire alla famiglia>>.** Non c'è dubbio, infatti, che il rinunciare, per esempio per accudire alla famiglia, alla partecipazione alla vita lavorativa cagiona inevitabilmente una perdita di attitudine sia per motivi di struttura del mercato di lavoro, sia per perdita di cognizioni professionali o per la mancata loro acquisizione, sia per la perdita di contatto con il mercato del lavoro, che ha regole tali da rendere oggettivamente più difficile un inserimento tardivo. La conseguenza di ciò è la necessità di dover accettare lavori professionalmente non qualificati o scarsamente qualificati con riduzione del valore del proprio lavoro.

**Il sistema della legge, d'altra parte, relega ad una mera funzione residuale il diritto agli alimenti. Questo è il diritto che, ai sensi dell'art. 119, spetta al coniuge cui venga addebitata la separazione, che non abbia sufficienti redditi propri. Questa configurazione presenta tutte le caratteristiche di una configurazione negativa, residuale e speciale.** Essa è la sanzione a carico d'un comportamento giudizialmente accertato, gravemente contrastante non solo con i vari obblighi matrimoniali sanciti dall'art. 28, ma con gli stessi <<presupposti sui quali si regge la famiglia>> (art. 108, comma 3). L'attenta formulazione di quest'ultima norma citata non solo impone una applicazione rigorosamente circoscritta della pronuncia della separazione per colpa, ma denuncia ad un tempo il carattere di sanzione dell'art. 119, che arriva all'espropriazione a carico del coniuge, cui venga addebitata la separazione, del diritto al mantenimento, e il degrado dell'obbligo all'assistenza materiale ad una funzione meramente assistenziale che viene dalla legge affidato al diritto agli alimenti. Tale sanzione, infatti, costituisce la reazione positiva dell'ordinamento a chi viola le basi di un'istituzione cui è demandato un ruolo fondamentale della vita associata nella forma dello Stato (art. 1, comma 2 *Rif. fam.*).

La conseguenza cui non si può non pervenire è che **il nuovo ordinamento del diritto matrimoniale introdotto dalla riforma del 1986 non consente la sopravvivenza della figura dell'assegno alimentare, salvo che nelle ipotesi espressamente previste dalla legge.**

Invero, il giudice *non può*, proprio per le caratteristiche che ha assunto nella moderna struttura del diritto di famiglia sammarinese, far ricorso al concetto di *alimenti* quando si trovi ad esplicare il potere attribuitogli dall'art. 128.

Diverse sono la natura e la funzione dell'assegno dell'art. 128 *Rif. fam.* L'identità postulata negli atti e nelle memorie prodotti dalla parte qui resistente signora Fabbri tra diritto al mantenimento (art. 117) e assegno divorzile (art. 128), se presa con un'eccezione radicale, non trova fondamento nella legge. Ad una simile identificazione si oppone non soltanto la stessa formulazione testuale – che ognuno potrà constatare da una lettura comparativa dei due articoli – ma altresì la stessa configurazione sistematica.

Si è già ampiamente rilevato sopra che **il diritto al mantenimento è un diritto soggettivo tipico di credito che scaturisce dalla sussistenza del rapporto matrimoniale, nel momento in cui si versi in una situazione di separazione personale giudizialmente sancita in capo al coniuge privo di adeguati redditi propri.** E si è già rilevato come, **al contrario, l'assegno dell'art. 128 scaturisce dalla pronuncia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili.** Esso assegno, dunque, interviene quando ormai il matrimonio non esiste più o ne sono stati eliminati gli

**effetti civili** e proprio per questo non può avere connessione diretta con gli obblighi dell'art. 28: non ne costituisce una continuazione, ma nemmeno una proiezione, sia pure in forma mutata; gli obblighi dell'art. 28, infatti, per la pronuncia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili, si estinguono. **Non può quindi essere configurato alcun diritto e correlativamente alcun obbligo che abbia in un rapporto matrimoniale attuale, anche se affievolito, la sua causa. E dunque l'assegno di divorzio non può esser configurato come la realizzazione patrimoniale di un diritto al mantenimento del coniuge privo di redditi adeguati da far valere nei confronti dell'altro coniuge. Ma non si può negare che un matrimonio ci sia stato e dunque che, se questo ha prodotto certe conseguenze materiali e giuridiche, segnatamente nella sfera della capacità lavorativa, di esse conseguenze si deve tener conto nel momento in cui il divorzio è pronunciato. A questo ambito concettuale e pratico si rivolge l'art. 128. Questo ambito concettuale è senza dubbio un ambito di solidarietà attiva. In tal modo questo ambito concettuale si differenzia da quello meramente assistenziale nel quale si situa l'istituto dell'assegno alimentare.** Infatti, non solo l'assegno alimentare, nel sistema del diritto familiare sammarinese, costituisce un residuo di speciale applicazione alle separazioni per colpa; ma esso assegno non ha funzione solidaristica, ma funzione meramente assistenziale. Comunque l'art. 128 non vi si riferisce, nemmeno *per relationem*; ciò significa che quest'ultimo è un *quid* che trova collocazione in un diverso ambito. **Questo ambito, che ho detto essere quello della solidarietà attiva, per poter essere concretamente realizzato, deve essere riferito ad altri istituti che costituiscono la pratica attuazione di aspetti patrimoniali che innervano il rapporto matrimoniale sia nel suo sviluppo fisiologico, sia nel momento in cui questo si trovi in uno stato critico.**

**Non c'è dubbio che tra questi istituti, per quello che si è venuto dicendo sin qui, campeggi proprio l'istituto del mantenimento,** che costituisce il referente concettuale e formale che può dare contenuto alla funzione di solidarietà che sta alla base dell'assegno dell'art. 128.

Affermare ciò non vuol dire affermare identità tra solidarietà e mantenimento, ma solo che la prima intanto è effettiva in quanto costituisce un contributo del coniuge dotato di maggiore capacità patrimoniale al coniuge economicamente più debole che non solo non ha sufficienti mezzi per automantenersi, ma non può procurarseli perché non ha capacità lavorativa adeguata.

In tal senso bene fa il Giudice delle Appellazioni a ricondurre ad un ordine concettuale che si ispiri al mantenimento il fondamento della sua decisione.

**Il concetto di mantenimento, dunque, nella sua essenza qualitativa, che è la fonte dell'obbligo dell'art. 117, si risolve in un ruolo quantitativo** che concorre alla determinazione dell'ammontare dell'assegno previsto dall'art. 128. In altre parole, questo non può essere limitato ad una funzione puramente assistenziale, come sarebbe se il concetto di riferimento fosse l'assegno alimentare, né d'altro canto può essere tale da assicurare il mantenimento: **il suo contenuto specifico, piuttosto, va rapportato alla specifica situazione in cui versano rispettivamente i coniugi al momento della pronuncia di divorzio, avuto riguardo all'incidenza che abbiano avuto le vicende matrimoniali in ordine all'instaurarsi di tale rispettiva situazione.** Qui sta il fondamento pratico del potere discrezionale del giudice, interattivo con l'autonomia privata dalla parte che richiede l'assegno divorzile. Ciò è quanto risulta dalla sistematica della legge quale è stata fin qui ricostruita.

In tal senso esso si pone come un contributo di solidarietà al coniuge economicamente più debole affinché questi possa conseguire il proprio mantenimento: questo obbligo è costituito dal giudice quando la capacità lavorativa di uno dei coniugi, vista sia nella sua essenza naturalistica, sia nella dinamica del rapporto matrimoniale che si va a sciogliere, risulta compromessa al punto da non essere adeguata ad un automantenimento.

A tal fine, assume senso il riferimento alla capacità lavorativa contenuto nel terzo comma dell'art. 128. **L'assegno, infatti, può essere disposto solo nei confronti del coniuge che non possiede adeguata capacità lavorativa (purché non abbia contratto nuovo matrimonio o non abbia instaurato un rapporto di convivenza).** Questo esplicito riferimento alla capacità lavorativa, ovviamente, non esclude un'indagine sulle condizioni patrimoniali del coniuge che lo richieda o nei confronti del quale lo si disponga; in caso contrario si costituirebbe un'assurda situazione di maggior favore del coniuge divorziato rispetto a quello separato. **Il riferimento alla capacità lavorativa è tale che, pur tenuto conto del reddito, e anche in presenza di un reddito di per sé inadeguato, l'assegno è negato al coniuge che è in grado di formare reddito con il proprio lavoro.** Già questo tratto costituisce un elemento differenziale profondo rispetto al diritto al mantenimento, che per l'art. 117 è riconosciuto al coniuge privo di reddito adeguato: in quest'ultima fattispecie la capacità lavorativa assolve, come si è dimostrato, al ruolo di mero parametro per la determinazione dell'assegno. Nella norma dell'art. 128, invece, la capacità lavorativa, in quanto causa per l'esclusione dell'assegno, assolve ad un ruolo di rilevanza formale.

**Ne consegue che l'assegno dell'art. 128 va commisurato al concetto di solidarietà che si concreta in un contributo al mantenimento avuto riguardo all'esistenza o meno, in capo al coniuge nei confronti del quale è disposto, di un'adeguata capacità lavorativa.**

Il suo ammontare, quindi, non potrà coincidere con quello che deriverebbe dall'applicazione dell'art. 117, non potrà essere tale da assicurare il mantenimento del coniuge cui deve essere somministrato, poiché non è appunto assegno di mantenimento, ma deve essere tale da contribuire al mantenimento del coniuge beneficiario tenuto conto della sua capacità lavorativa (e ovviamente dell'eventuale suo reddito effettivo).

Dell'attitudine del coniuge a formare reddito con il proprio lavoro, ossia della sua capacità lavorativa, noi abbiamo una nozione legale, che si è sopra esaminata, cui non ci si può esimere dal far riferimento, vale a dire la nozione data dal secondo comma dell'art. 117.

Da tale nozione si ricavano una serie di parametri che mettono il giudice in grado di graduare l'assegno tenendo conto sia, come si è visto sopra, della situazione soggettiva del coniuge destinatario (lettere *a*, *b*, *c*, *d* del secondo comma dell'art. 117), sia delle vicende matrimoniali intercorse in quanto idonee di incidere sul processo di conservazione o di mantenimento della capacità lavorativa (nozione dinamica della capacità lavorativa derivante dalla lettera *e* del citato articolo).

E' nell'ambito di un sistema così costituito che si muove la discrezionalità del giudice nell'esercizio del potere di costituzione dell'assegno in applicazione dell'art. 128. Nello stesso ambito si colloca il potere dispositivo che la parte interessata possiede in ordine alla valutazione dei propri interessi. Ne consegue che la discrezionalità del giudice, se non si vuole che esorbits *ultra petita* si dovrà muovere nell'ambito sopra delineato così come delimitato dal potere dispositivo della parte che richiede l'assegno che si esprima

in idonei atti processuali che costituiscono espressione della sua autonomia privata: essa è piena quando non vi siano interessi di figli minori da tutelare.

Nel caso in questione, la discrezionalità del giudice doveva rimanere nei confini tracciati dalla signora Fabbri nella udienza del 7 aprile del 1988, quando determinava in £. 500.000 l'ammontare dell'assegno richiesto, quale misura economicamente rilevante del proprio interesse.

2. Questa ampia disamina della disciplina vigente permette di cogliere meglio il rapporto processuale instaurato dalla domanda del sig. Stolfi e dalla risposta della signora Fabbri, nella quale va ricompresa, come or ora si è detto, la specifica richiesta di fissare in £. 500.000 l'ammontare dell'assegno, richiesta proposta nell'udienza del 7 aprile 1988.

Mentre, infatti, la domanda dell'attore era indirizzata ad una mera pronuncia di accertamento negativo, dell'insussistenza delle condizioni legali, argomentate dal terzo comma dell'art. 128, che escludessero ogni ulteriore obbligo patrimoniale dello stesso nei confronti della convenuta e in particolare quegli obblighi che sarebbero potuti derivare dall'applicazione dell'art. 128, l'azione della signora Fabbri, così come si è venuta precisando nella determinazione del valore della propria domanda, determinazione eseguita nell'udienza del 7 aprile 1988, era specificamente indirizzata proprio all'applicazione dell'art. 128, in quanto questa postulava l'inesistenza di una adeguata propria capacità lavorativa e determinava definitivamente la misura della pretesa dell'obbligo da costituire a carico del sig. Stolfi.

Invero, la signora Fabbri, nel rispondere alla citazione del sig. Stolfi, proponeva una vera e propria domanda riconvenzionale indirizzata a ribaltare la situazione processuale che il sig. Stolfi aveva instaurato: non solo ella negava la fondatezza della pretesa del sig. Stolfi all'accertamento dell'inesistenza delle condizioni per il verificarsi della fattispecie del primo comma dell'art. 128, ma la medesima signora Fabbri chiedeva che il giudice disponesse a carico del sig. Stolfi l'obbligo di somministrarle periodicamente un assegno di ammontare determinato nell'udienza del 7 aprile 1988, in quanto corrispondente ad una altrettanto determinata valutazione che dei propri interessi ella stessa aveva eseguito. Dinanzi al Commissario della Legge, dunque, dopo l'udienza del 7 aprile 1988, si è venuta completando la costituzione di un rapporto processuale complesso, incardinato: a) sulla domanda dell'attore volta ad ottenere la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con la signora Fabbri; b) sulla domanda dello stesso ad accertare che non esistevano le condizioni richieste dalla legge per un'eventuale richiesta da parte della signora Fabbri dell'applicazione in suo favore del primo comma dell'art. 128; c) dalla domanda riconvenzionale della medesima signora Fabbri finalizzata ad ottenere una sentenza costitutiva dell'obbligo del sig. Stolfi di somministrarle un assegno periodico, determinato successivamente in un ammontare di £. 5.000.000, in applicazione dell'art. 128 *Rif. fam.*; d) da una domanda della signora Fabbri, anch'essa di natura riconvenzionale, relativa agli arretrati visti sia con riferimento alla rivalutazione dell'assegno alimentare costituito in sede di separazione, sia con riferimento alla già proposta domanda di conversione dell'assegno alimentare in assegno di mantenimento, essendo intervenuta la riforma del 1986.

3. Impostata la questione nei termini sopra ampiamente esposti, ne deriva che, considerata la struttura dei due giudicati, andrà confermata la sentenza di appello, nella misura nella quale, al contrario di quella di primo grado, la decisione che essa contiene si muove pienamente nell'ambito del concetto del mantenimento e lo applica nell'interpretazione dell'art. 128.



Che sussistessero le condizioni per tale applicazione, ossia per l'esercizio da parte del giudice del potere di costituzione dell'obbligo a carico del sig. Stolfi e in favore della signora Fabbri, risulta ampiamente dimostrato.

Invero, in atti è contenuta la prova del fatto che le condizioni di salute della signora Fabbri, che allo stato delle cose ha un'età di oltre sessantuno anni, sono tali non solo da escludere una sua piena capacità lavorativa, ma altresì che tale capacità lavorativa sia <<adeguata>>, come richiede il terzo comma dell'art. 128. Ciò risulta dalla perizia di ufficio, ma è confermato proprio dal fatto che la medesima signora Fabbri è titolare di pensione sociale di invalidità, così come risulta dalla nota dell'I.S.S. prodotta *in manica* dal ricorrente. Dalla stessa nota dell'I.S.S. si evince che oltre la pensione di invalidità alla signora Fabbri è concesso un assegno integrativo per particolare bisogno finanziario. Da un atto, dunque, prodotto dalla controparte della signora Fabbri risulta che essa non solo è invalida, ma anche finanziariamente bisognosa. Per quanto prodotto *in manica* e dunque non decisivo per la risoluzione di questa lite, questo atto, converge efficacemente con quanto deposto dai testi, in particolare dalla teste signora Maria Pasqua Battistini (udienza del 26 gennaio 1989), che ha dichiarato di poter escludere che la signora Fabbri eserciti un'attività lavorativa di tipo artigianale; in più la signora Battistini ha riferito su di un generale stato di bisogno della signora Fabbri, stato di bisogno che la stessa signora Battistini ha affermato di aver tentato di attenuare con il dono di capi di vestiario. Questa testimonianza, unita al documento dell'I.S.S. prodotto da parte ricorrente, conferma la valutazione positiva e concludente che si deve dare alle deposizioni dei figli dei coniugi Stolfi-Fabbri nel rapporto ponderale che si deve stabilire tra queste ultime deposizioni e quelle delle sorelle del sig. Stolfi. Se ne deve concludere che le affermazioni di un teste indifferente, la cui attendibilità non è stata posta in discussione da parte ricorrente, congiunte ad un documento ufficiale dell'I.S.S., prodotto da parte ricorrente, danno sostegno decisivo alla tesi di parte resistente, secondo la quale la posizione di equidistanza dei figli dei coniugi Stolfi-Fabbri (signori Emanuela e Stefano Stolfi, deposizioni nell'udienza del 16 marzo 1989) induce ad attribuire peso maggiore alla loro deposizione in confronto con quella di persone legate da un rapporto di stretta parentela con una sola delle parti in causa, quali sono le sorelle Stolfi (signore Wally e Iris Stolfi, deposizioni nell'udienza del 18 maggio 1989).

Se ne deve concludere che dagli atti della causa risulta sufficientemente provato sia il fatto che la signora Fabbri si sia da sempre trovata e si trovi in stato di bisogno finanziario e di disoccupazione, quindi priva di un reddito adeguato, sia che le sue condizioni attuali di salute, dalle quali non va disgiunta la considerazione dell'età, e in particolare le sue attuali condizioni psicofisiche sono tali da comprometterne fortemente la capacità lavorativa. Vengono così integrate le ipotesi di cui alle lettere *a*, e *c* dell'art. 117, secondo comma *Rif. fam.* che si è dimostrato sopra essere rilevante per la determinazione delle condizioni al fine della costituzione dell'obbligo all'assegno di divorzio in applicazione dell'art. 128. Il fatto della conduzione da parte della signora Fabbri di un'autentica piccola impresa artigianale nel campo della maglieria risulta soltanto dalle affermazioni delle signore Wally e Iris Stolfi, che, tra l'altro, non depongono su fatti di loro conoscenza diretta, ma riferiscono pretese asserzioni della stessa signora Fabbri. Tali asserzioni, però, sono in oggettivo contrasto con le deposizioni tra di loro coincidenti della signora Battistini e dei signori Emanuela e Stefano Stolfi, che escludono ogni attività di tal genere, salvo, negli anni trascorsi, l'esecuzione di lavori occasionali di modestissima entità.

Le affermazioni delle signore Wally e Iris Stolfi, dunque, non risultano comprovate da altre risultanze processuali. D'altro canto non è stato nemmeno provata, da parte del sig. Stolfi, una convivenza della signora Fabbri con altra persona, tale da integrare l'ipotesi del terzo comma dell'art. 128 *Rif. fam.*, ma soltanto un rapporto affettivo privo di stabile comune convivenza.

In aggiunta a quanto appena detto, e in strettissima connessione con le considerazioni fatte in ordine alla valutazione delle deposizioni avvenute nella lite in discussione, si deve stabilire se sussista la rilevanza, in questa sede, dell'ipotesi di cui alla lettera *e* del citato secondo comma dell'art. 117, che costituisce il parametro di tipo dinamico per la determinazione della capacità lavorativa di uno dei due coniugi. L'ipotesi di cui alla lettera *e*, infatti, coinvolge non tanto elementi soggettivi, sia pure oggettivamente considerati, ma permette d'inserire nel processo elementi costitutivi e significativi della precorsa vicenda coniugale, poiché attiene alle modalità storiche di ogni specifico coniugio.

Invero, dalla testimonianza dei figli dei coniugi Stolfi-Fabbri risulta che la parte qui resistente interrompe un rapporto di lavoro stabile per accudire alle esigenze della famiglia (deposizioni dei figli, signori Emanuela e Stefano Stolfi). Questa affermazione non viene infirmata dalla deposizione della sorella, signora Wally Stolfi, secondo la quale la signora Fabbri si sarebbe dimessa dal posto di bidella a causa di un'allergia alla polvere, che le avrebbe impedito di svolgere il proprio lavoro. Valgono anche qui le considerazioni appena fatte circa il maggior peso che deve essere attribuito alla deposizione dei figli, che si situano in un rapporto paritario ed equidistante di parentela tra le parti, rispetto a quella delle sorelle di una delle parti, dato il legame per così dire monolaterale che intercorre tra queste e il sig. Stolfi.

Ma costituisce concludente elemento di prova a favore della affermazione della signora Fabbri il testo della lettera datata 31 agosto 1971 inviata dal sig. Stolfi alla propria moglie (allegata nel fascicolo di primo grado in forma di copia autentica), in cui lo stesso sig. Stolfi ammette di avere ostacolato in modo efficace l'esercizio dell'attività lavorativa della signora Fabbri. La consistenza probatoria di questo documento non è stata infirmata dal sig. Stolfi.

D'altro canto, se fosse vero che la signora Fabbri soffrisse di allergia alla polvere tale da non permetterle di svolgere le mansioni di bidella – le quali non si esauriscono in operazioni che coinvolgono il maneggio di polvere – non si capirebbe perché la stessa signora Fabbri abbia rinunciato ad un posto stabile senza cercare di ottenere di essere addetta a mansioni compatibili con il suo stato di salute. Ovvero rimarrebbe inesplicato perché la signora Fabbri non abbia più tentato, quando era in più giovane età, di svolgere altra attività lavorativa che non comportasse maneggio di polvere.

Risulta, pertanto, sufficientemente provato il fatto dell'interruzione da parte della signora Fabbri del rapporto di lavoro in costanza di matrimonio per accudire alla famiglia, anche perché il contenuto in tal senso delle deposizioni dei figli converge con il tenore della sopra citata lettera del sig. Stolfi del 31 agosto 1971 e appare persuasivo se rapportato alla ragionevolezza in sé dell'assunto e al successivo comportamento della signora Fabbri in costanza di matrimonio, non avendo ella svolto attività lavorativa se non di tipo saltuario e stagionale e soltanto dopo la separazione personale.

Infine non risulta provata la asserita consistente disponibilità finanziaria della signora Fabbri, da imputarsi alla vendita di beni immobiliari, seguita ad una convenzione patrimoniale intervenuta tra i coniugi, che tuttavia non è stata prodotta; essa disponibilità

finanziaria troverebbe fondamento solo in indizi peraltro smentiti dal fatto che la medesima signora Fabbri è titolare di pensione di invalidità integrata da assegno per bisogno finanziario.

Si può concludere, dunque, che sussistono le condizioni per la costituzione, in favore della signora Fabbri, dell'assegno previsto dall'art. 128 *Rif. fam.*: bene ha fatto il Giudice delle Appellazioni a costituire a carico del qui ricorrente sig. Stolfi l'obbligo che da tale art. 128 è previsto e disciplinato. Con l'avvertenza che *non* di assegno di mantenimento si tratta (qual è quello disciplinato dall'art. 117), bensì di istituto diverso, che con il concetto di mantenimento intrattiene un rapporto di esclusiva efficacia quantitativa. L'assegno dell'art. 128, in altri termini, non realizzerà il mantenimento, bensì costituirà un contributo di solidarietà rapportato alla capacità lavorativa del coniuge in cui favore viene costituito, tenuto conto, tra l'altro, dell'incidenza che ha avuto su essa capacità lavorativa la trascorsa vita coniugale.

La domanda riconvenzionale della signora Fabbri, dunque, andava ricondotta nell'alveo nel quale opera l'art. 128 *Rif. fam.*, in quanto essa confonde due istituti – quello del diritto al mantenimento e il relativo assegno che lo realizza, disciplinato dall'art. 117 ss. *Rif. fam.* e quello dell'assegno di divorzio disciplinato dall'art. 128 – che per essere sottesi all'arco concettuale del mantenimento, rimangono, come ho dimostrato sin qui, ben distinti sia concettualmente che patrimonialmente.

4. La funzione di contributo al mantenimento che si è accertato sopra esser quella che la legge imprime all'assegno dell'art. 128 fa sì che la misura di tale assegno non possa essere pari né alla misura di un assegno di mantenimento, previsto dagli artt. 117 e 118 *Rif. fam.*, né alla misura di un assegno alimentare, quale fu quello riconosciuto a favore della signora Fabbri con la sentenza di omologazione della separazione. La conclusione è che questa misura deve superare significativamente le £. 150.000, che appunto costituisce l'ammontare dell'assegno alimentare.

Di conseguenza, anche su questo specifico punto deve essere confermata la sentenza di appello, ma questa volta soltanto nella misura nella quale essa ha innalzato ad un più consistente ammontare l'assegno costituito.

La medesima sentenza di appello, infatti, nel fissare al 33% della retribuzione del sig. Stolfi l'ammontare dell'assegno ha ommesso di tener conto, in ciò sviata dalla formulazione dell'atto di citazione d'appello, della circostanza che la signora Fabbri, come ho ampiamente e più volte rilevato sopra, aveva determinato in £. 500.000 la misura nella quale il suo interesse al mantenimento sarebbe stato pienamente soddisfatto. Nell'udienza del 7 aprile 1988, infatti, la signora Fabbri, realizzando la propria autonomia privata, aveva esercitato il proprio potere dispositivo in ordine alla determinazione quantitativa del proprio interesse e su tale domanda si era completato il rapporto processuale, visto che con la richiesta avanzata il 7 aprile la *res litigiosa* aveva trovato perfetta identificazione. L'identificazione della *res litigiosa* in ordine ad un elemento quantitativo della propria pretesa costituisce piena identificazione del *petitum*. Non si deve perdere di vista che qui si tratta di questione di duplice oggetto, ognuno dei quali dotato di propria autonomia concettuale e pratica (anche se nella fattispecie il primo dà fondamento al secondo): *a*) la consistenza giuridica di una pretesa; *b*) la consistenza quantitativa della medesima pretesa. La conseguenza di ciò è che la pretesa relativa al punto *b* contribuisce autonomamente alla costituzione del *petitum* complessivo della causa che, una volta fissato, per i principi generali non può più essere modificato.

In particolare il *petitum* non può essere modificato nell'atto introduttivo dell'appello e dunque il determinato atto introduttivo della signora Fabbri, per quanto omissivo della ripetizione della determinazione in £. 500.000 dell'ammontare dell'assegno (lettera b della citazione di appello: <<fissare di conseguenza l'entità dell'assegno, stabilendo anche che dovrà essere rivalutato annualmente>>), va comunque letto in modo conforme al *petitum* così come era stato determinato autonomamente dalla medesima signora Fabbri durante il giudizio di primo grado. Su quel *petitum* si era definitivamente costituito il rapporto processuale e lo stesso contraddittorio delle parti e quindi quel *petitum* rimane e deve rimanere fermo per tutta la durata del processo in ogni stato e grado esso si trovi, in quanto su quel *petitum* è già intervenuta una pronuncia che, sia pure non accogliendolo, ne rende improponibile ogni modificazione. Infatti un qualsiasi tentativo di modificare l'oggetto della controversia infrangerebbe il divieto delle *res nouiter petita*e che si trae da C. 7, 63, 4 pr., che interdice espressamente di usare *nouae adsertiones uel exceptiones*, che siano pertinenti ad un *nouum capitulum*; sono ammesse soltanto quelle che scaturiscono <<ex illis [...], et illis coniunctae sunt, quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae>>. Entro questi limiti, è ammessa la produzione di nuovi documenti che permettano di far migliore luce sulla controversia (C. 7, 63, 4 1). Il dettato testuale è di chiarezza tale da non concedere dubbi, come dimostra il commento del Voegt a D. 49, 7, n.2, p.629 <<Nihil tamen obstat hec regula, nihil innouari appellatione interposita, quominus noue probationes per instrumenta uel testes adhibeantur in lite appellationibus non probata probari, non deducta deduci posse, l. eos, qui 6 §, si quid autem 1 et 2 C. de appellationibus [C. 7, 62, 6, 1 e 2], per hanc diuinam 4, C. de tempor. et reparat. appell. [C. 7, 63, 4] [...]. Porro ubi noue probationes, ibi et noue exceptiones apud inferiorem iudicem haud allegatae, in appellatione opponi possunt; quoties non ad nouum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur, et illis coniunctae sunt, quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae, l. per hanc 5, C. de temp. et reparat. appellat. [C. 7, 63, 4] [...]>>.

Come la parte appellante non poteva innovare la domanda nella misura del *petitum*, così il giudice non può esorbitare dal medesimo *petitum*, sicchè mentre è condivisibile il principio contenuto nella sentenza di appello, secondo il quale l'ammontare dell'assegno dell'art. 128 avrebbe dovuto essere commisurato sulla base del concetto di mantenimento, quale criterio guida desunto dalla legge di famiglia del 1986, e dunque è condivisibile che tale sentenza determini un ammontare superiore a quello determinato nella sentenza di primo grado, la quale a sua volta aveva ancorato la propria decisione al criterio alimentare, tanto da autodefinirsi come <<conferma>> dell'assegno stabilito con la sentenza di separazione; non è parimenti condivisibile la sentenza di appello nella parte in cui, determinando al 33% del reddito mensile l'ammontare mensile dell'assegno non tiene conto del fatto che così facendo finisce per determinare, avuto riguardo al reddito del sig. Stolfi, una somma che va *ultra petitam*, ossia esorbitante le £. 500.000 che sono appunto il *petitum* della signora Fabbri.

5. Parimenti non è condivisibile la fissazione di una somma ricorrendo al metodo percentuale del reddito mensile dell'obligato alla prestazione di quella somma. A ciò ostano due argomenti: il primo, di natura processuale, secondo il quale ancora una volta così facendo la sentenza di appello ha esorbitato dal *petitum*, in quanto la signora Fabbri aveva richiesto, nell'atto introduttivo dell'appello, una rivalutazione annuale (lettera c della citazione d'appello); orbene, una rivalutazione annuale è nozione e concetto diversi

da quello della fissazione d'un ammontare in cifra percentuale rispetto al reddito dell'obligato.

Invero, l'istituto della rivalutazione ha la funzione di conservare il potere d'acquisto che per effetto della svalutazione monetaria ogni assegno in cifra fissa può subire. Tale rivalutazione serve ad evitare che il credito, perdendo consistenza materiale sia, anche solo parzialmente, per effetto della svalutazione monetaria, volatilizzato. L'interesse alla rivalutazione, dunque, è un interesse al mantenimento d'un valore, lo stesso valore che è stato fissato al momento in cui viene determinato l'ammontare d'un assegno periodico.

Altro è l'effetto del riferimento percentuale ad un dato dinamico quale è il reddito mensile – stipendio o pensione – dell'obligato: questo riferimento cagiona non un effetto di mantenimento d'un potere d'acquisto, d'un valore, ma effetti che andranno indagati di volta in volta, tra i quali può anche esserci quello del mantenimento d'un valore – lo stesso valore che l'assegno aveva al momento in cui veniva fissato – ma può produrre effetti di aumento (ma anche di diminuzione) del valore in concomitanza con un aumento (ma anche una corrispondente diminuzione) del reddito dell'obligato per la parte eccedente un aumento dovuto ad un effetto di rivalutazione. Può darsi che questo effetto sia voluto, e tra breve si indagherà anche questo aspetto, ma di ciò risulta senza dubbio che la determinazione in forma percentuale si presenta come alcunchè di profondamente diverso dal concetto di rivalutazione. In quanto tale, in quanto diversa, l'adozione del metodo percentuale andava richiesta dalla parte interessata. Si può quindi dire, che per questo motivo processuale, la sentenza di appello è andata *ultra petita*, essendo il riferimento percentuale alcunchè di concettualmente diverso dalla rivalutazione monetaria annuale.

Il secondo argomento è di natura sistematica e attiene alla struttura dei diritti e dei poteri che hanno le parti di rapporti di natura familiare, nonché dei correlati doveri e obblighi, così come risultano dalla legge di riforma del diritto di famiglia del 1986.

Da quanto esposto consegue che, anche se la parte avesse richiesto l'adozione del metodo del riferimento percentuale, il giudice non avrebbe potuto accordarlo se non con il consenso della controparte. La disciplina del diritto familiare sammarinese così come risulta dalla riforma del 1986, non attribuisce alcun autonomo potere al giudice in tal senso.

Dichiaro preliminarmente che mi è nota la prassi italiana, che ha trovato forma in alcune pronunce della Cassazione civile (Cass. 28 ott. 1986, n.6312, in *Foro it.*, 1987, I, c.70; Cass. 26 ott. 1988, n.5799, in *Mass. Foro it.*, 1988). Tale prassi, tuttavia, non può essere importata *sic et simpliciter* nell'ordinamento sammarinese. Si è già sopra ampiamente riconosciuta la circostanza di profondi legami che intercorrono tra il diritto familiare italiano così come recentemente riformato e quello sammarinese, quale risulta dall'ancor più recente riforma del 1986. Ma ancor più ampiamente si sono rilevati i tratti differenziali che connotano istituti quali quelli dedotti nella presente lite, l'importanza dei quali non ha bisogno di essere sottolineata. Un'indagine comparativa metterebbe ancor più in luce il fatto che l'ordinamento sammarinese ha elaborato i propri istituti in modo olremodo specifico, tale che essi non sono, nemmeno *per relationem* riconducibili alla più anziana riforma italiana: la configurazione del diritto al mantenimento e dell'assegno di divorzio costituisce la sede in cui questa specificità sammarinese si è espressa in strutture normative di elevatissimi pregio e originalità.

Questa stessa specificità impedisce la mutuazione di elementi della prassi giurisprudenziale italiana, senza che tale prassi subisca un'adeguata e consapevole

analisi critica indirizzata ad accertarne la attitudine ad essere introdotte nelle strutture sammarinesi.

A questo si aggiunga che la giurisprudenza italiana che ammette che <<l'assegno di divorzio possa essere determinato anche in misura percentuale rispetto al reddito del coniuge obbligato>> (così la Cass. 28 ott. 1986, n.6312 sopra citata) non gode di unanime consenso e dunque, per quanto radicata, suscita dubbi e perplessità che si aggiungono alle considerazioni appena fatte relativamente ad un suo innesto acritico nell'ordinamento sammarinese.

Invero, la legge italiana (art. 5, settimo comma, nel testo modificato con la legge 6 marzo 1987, n.74) dispone: <<La sentenza deve stabilire anche un criterio di adeguamento automatico dell'assegno, almeno con riferimento agli indici di svalutazione monetaria. Il tribunale può, in caso di palese iniquità, escludere la previsione con motivata decisione>>. I poteri che la legge attribuisce al giudice in questo ordinamento sono senz'altro piuttosto ampi e in certa misura indeterminati, tanto che egli può, per espressa disposizione normativa, adottare criteri di adeguamento automatico dell'assegno diversi e quantitativamente più intensi di quelli che si riferiscono alla svalutazione monetaria:<< [...] almeno con riferimento agli indici di svalutazione monetaria [...]>>. Quell'<<almeno>> è sicuramente la chiave di volta di un potere che può dispiegarsi su un arco di notevole respiro, che supera la stessa autonomia privata sicchè il criterio cui s'ispirerà il giudice potrà essere attinto direttamente ad una più o meno ampia interpretazione della legge, anche se non espressamente richiesto dalle parti. Quel che è certo è che l'adeguamento – e non la rivalutazione – dell'assegno deve essere <<almeno>> tale da assicurare la copertura dalla svalutazione monetaria: al di sotto non si può andare (se non per i casi previsti nella norma immediatamente successiva); al di sopra si potrà andare secondo l'apprezzamento del giudice, la cui discrezionalità qui sembra definita soltanto nell'ambito della efficacia della tutela degli interessi della parte avente diritto.

In un sistema così delineato, la determinazione dell'assegno in forma percentuale rispetto al reddito dell'obbligato può trovare fondamento, anche perché la legge parla di <<adeguamento automatico>> e non di semplice rivalutazione e delinea un potere del giudice vincolato a disporre questo adeguamento automatico, lasciandolo poi libero nell'individuazione di criteri che lo realizzino in modo appropriato.

E' precisamente su questo punto che emerge una delle differenze strutturali della disciplina sammarinese rispetto a quella italiana.

Infatti adeguamento automatico è concetto tutt'affatto diverso da quello della rivalutazione. Non solo, ma l'art. 128 *Rif. fam.* non fa menzione d'un simile ampio potere del giudice, sicchè questi non potrà discostarsi dai principi generali che sono quelli della rivalutazione.

Invero adeguamento automatico, rimanda senza dubbio al fatto che l'assegno è determinato tenendo conto, tra l'altro, del reddito dell'obbligato: il contributo al mantenimento è tradotto – e non potrebbe essere altrimenti – in un assegno di ammontare determinato in modo realistico, ossia valutando, tra l'altro, le effettive potenzialità di reddito dell'obbligato. Assicurarne un adeguamento automatico che almeno presti la copertura contro la svalutazione monetaria, significa stabilire che questo assegno, in modo automatico, si adegui non solo alla svalutazione monetaria, ma anche alle variazioni del reddito dell'obbligato. La legge italiana, dunque, vuole raggiungere questo duplice risultato: ottenere almeno la rivalutazione monetaria, ma anche,

considerando il fatto che l'ammontare è determinato *rebus sic stantibus*, che al mutare di uno dei parametri che influiscono sulla determinazione dell'assegno, per esempio il reddito dell'obligato, muti automaticamente l'ammontare dell'assegno; la determinazione dell'assegno in forma percentuale sicuramente costituisce uno strumento abbastanza efficace per la realizzazione di un tale effetto, se lo si guarda sotto il profilo del preminente interesse del coniuge avente diritto.

L'ordinamento familiare sammarinese non possiede una norma quale quella che si è appena identificata nell'ordinamento italiano.

L'ordinamento familiare sammarinese possiede invece la norma del terzo comma dell'art. 118 che attribuisce al Commissario della Legge un potere di <<modifica dell'assegno di mantenimento>> al verificarsi di <<modificazioni nel reddito del coniuge obbligato>> nonché della capacità lavorativa dell'avente diritto.

Questa norma, dettata espressamente per l'assegno di mantenimento, può costituire il paradigma interpretativo valido per individuare quale sia la disciplina, per questo aspetto, dell'assegno di divorzio. Si può concludere che proprio l'esistenza di questa norma, che prevede un intervento del giudice al verificarsi di modificazioni delle situazioni in base alle quali è stato determinato un assegno (e non dunque tenendo conto del solo reddito dell'obligato), esclude un'inserzione nell'ordinamento sammarinese di criteri o metodi di adeguamento automatico, qual è il riferimento percentuale. Se l'automatismo, infatti, è espressamente escluso per l'assegno di mantenimento, lo si può ritenere parimenti escluso per l'assegno di divorzio.

Si può dunque concludere dicendo che l'ordinamento sammarinese ha imboccato e mantiene la strada dell'intervento caso per caso del giudice in ordine all'adeguamento dell'assegno di mantenimento – e dunque di ogni altro assegno – rapportato alle variazioni del reddito dell'obligato e della capacità lavorativa dell'avente diritto e che quindi, per queste fattispecie, esclude il ricorso ad automatismi, che rimangono soltanto in ordine alla conservazione della consistenza del credito in relazione ai fenomeni di svalutazione monetaria.

La conclusione di ciò è che il metodo del riferimento percentuale adottato dall'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni, pur se degno di grande considerazione, non può essere seguito perché non solo, nel caso in esame oltrepassa il *petitum* ma, soprattutto, non ha fondamento nel sistema del diritto di famiglia sammarinese.

Sarà quindi da confermare la sentenza di primo grado nella misura nella quale adotta un criterio di determinazione in cifra fissa dell'ammontare dell'assegno e ne stabilisce la rivalutazione monetaria.

6. Da tutto ciò consegue che l'ammontare dell'assegno di cui all'art. 128 *Rif. fam.* costituito dal Giudice delle Appellazioni alla signora Fabbri, e la cui costituzione qui si conferma in quanto realizzazione d'un contributo di solidarietà al fine di permettere al coniuge economicamente più debole di mantenersi, deve essere ricondotto nei limiti del *petitum*, sia sotto il profilo quantitativo, sia sotto quello delle modalità. La riconduzione nel *petitum* dell'ammontare dell'assegno da parte dell'Ecc.mo Consiglio dei XII si impone oltre che per motivi di ordine generale, quali si sono appena illustrati, anche per evitare ulteriore dispiegamento di attività giurisdizionale tra le parti, che, in casi quale quello in esame, si presenta sempre connotata da grande litigiosità in ordine ad ammontari generalmente relativamente esigui, con grave dispendio di energie morali, affettive e patrimoniali.

La riconduzione nel *petitum* comporta la necessità di tener conto del fatto che la signora Fabbri ha una capacità lavorativa pressochè nulla e comunque grandemente ridotta, sia per le sue condizioni psicofisiche e di età, sia per essersi dimessa in costanza di matrimonio da un posto di lavoro per accudire alla famiglia; ma comporta altresì la necessità di tener conto sia del fatto che le £. 500.000 richieste dalla signora Fabbri erano la misura della realizzazione dell'art. 128, che, come si è fin qui visto, non integra un assegno di mantenimento, ma consisterà in un *quid* di inferiore entità patrimoniale; sia del fatto che la medesima signora Fabbri gode di una pensione di invalidità e di un contributo per particolare bisogno finanziario pari a £. 789.744.

Proprio la causa di invalidità e di grave fabbisogno finanziario che sta alla base della pensione della signora Fabbri non consentono di eludere la conoscenza, sia pure acquisita *in manica* di questo importante elemento che non risulta essere stato portato a conoscenza del giudice nei due gradi del giudizio fin qui esperiti. In particolare è lecito presumere che la conoscenza di questo reddito sarebbe stata notevolmente utile all'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni nell'esercizio della sua discrezionalità in ordine all'applicazione dell'art. 128 *Rif. fam.* La circostanza del godimento della pensione dell'I.S.S., dunque, pur non costituendo elemento decisivo della lite in questione, contribuisce validamente alla determinazione dell'ammontare dell'obbligo da porre a carico del sig. Stolfi. Una decisione che non tenesse conto di tale elemento di valutazione, infatti, sarebbe suscettibile di censura con quell'ulteriore dispendio di attività giurisdizionale che, come sopra si è già rilevato, è opportuno risparmiare alle parti, specialmente in casi quale quello qui in esame.

In considerazione di ciò sembra equo fissare un ammontare dell'assegno di cui all'art. 128 *Rif. fam.* in £. 375.000 mensili. L'assegno di cui all'art. 128 così determinato sarà da rivalutare annualmente in coincidenza della svalutazione monetaria.

7. In ordine al punto relativo agli arretrati la sentenza di appello è da confermare integralmente.

Invero, la sentenza di primo grado motiva l'esclusione degli arretrati sulla base del principio secondo il quale degli assegni alimentari non si possono pretendere arretrati se non quando l'avente diritto ha dovuto contrarre debiti per sostentarsi a causa della mancata corresponsione degli alimenti.

In primo luogo si deve obiettare a questa linea interpretativa che qui si trattava non di assegni alimentari non riconosciuti, ma di arretrati relativi al mancato adempimento dell'obbligo di rivalutazione monetaria sancito con la sentenza di separazione in ordine ad un obbligo alimentare costituito e liquido. L'obbligo del sig. Stolfi, al riguardo, era dunque certo e non è stato adempiuto. In secondo luogo si deve ricordare che riunito con il presente giudizio è quello relativo alla trasformazione dell'assegno alimentare in assegno di mantenimento a decorrere dall'entrata in vigore della legge di riforma del diritto di famiglia. Inoltre, in atti è ampiamente risultato che la signora Fabbri ha dovuto ricorrere all'assistenza anche finanziaria dei propri figli e si è già detto quale attendibilità si deve attribuire alle deposizioni dei figli. Ne discende che, in considerazione del fatto che la signora Fabbri aveva da tempo richiesto la trasformazione dell'assegno alimentare in assegno di mantenimento, secondo la disciplina dell'art. 117 ss. della riforma del 1986, e poiché questo risultato ella non ha conseguito a suo tempo, la somma di £. 6.000.000 fissata dall'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni vale sia per gli arretrati della mancata rivalutazione dell'assegno alimentare sia sicuramente per gli arretrati dell'assegno di mantenimento.



8. Sembra opportuno confermare la sentenza di primo grado in ordine alla compensazione delle spese e onorari di causa, in quanto sicuramente più equa tenuto conto della complessità della medesima.

### 3.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Enrico Spagna Musso), 7 maggio 1993.

Stacchini Tino (Avv. G.L. Berti) : Agarici Fernando e Toccaceli Roberto (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 140, anno 1984.

#### **Edificio – “Vitium soli” – Costruttore – Presunzione di colpa.**

*La responsabilità del costruttore di un edificio nei confronti del proprietario committente, in caso di rovina o di lesione dell'opera, deve essere valutata in rapporto al verificarsi dell'evento dannoso; evento dipendente da fatto imputabile al costruttore; ovvero da caso fortuito o da forza maggiore; o, ancora, dalle particolari condizioni del suolo o dei materiali consegnati dal proprietario committente dell'opera.*

*Nel diritto comune è stato accolto il principio secondo il quale, in caso di “vitium soli”, non riconoscibile dal costruttore, permane in capo al proprietario del suolo il rischio della rovina dell'edificio.*

*Il costruttore, peraltro, è responsabile per negligenza, imperizia o inosservanza delle regole dell'arte sua, se non ha provveduto ad accertare il vizio riconoscibile nello scavo delle fondazioni e nel corso dei lavori, dando, altresì, attuazione ai rimedi tecnici necessari per eliminare i difetti del suolo.*

**SENTENZA CONFORME:** decisione di primo grado del 24 aprile 1989<sup>12</sup>.

**SENTENZA NON CONFORME:** decisione di secondo grado del 28 novembre 1991<sup>13</sup>.

---

Con nota n.0275 prot. del 20 gennaio 1993, la Segreteria di Stato per gli Affari Interni mi comunicava che, nella seduta del 3 dicembre 1992, l'Ecc.mo Consiglio dei XII mi nominava Consulente richiedendo il mio parere in merito alla controversia di cui alla causa civile n.140/1984 tra Stacchini/Agarici-Toccaceli.

L'esame sul ricorso in terza istanza proposto da Stacchini Tino (rappresentato e difeso dall'Avv. Gian Luigi Berti) contro i signori Agarici Fernando, Toccaceli Roberto (rappresentati e difesi dall'Avv. Renzo Bonelli), concerne la responsabilità per lesioni verificatesi all'immobile costruito dalla Impresa Edile (Cooperativa Muratori Ventoso) dei signori Agarici e Toccaceli su commissione del sig. Stacchini.

Il presente esame dovrà condurre alla definitiva conferma di una delle due sentenze pronunciate nel corso del giudizio che precede la terza istanza al Consiglio dei XII (la

---

<sup>12</sup> Edita in *Giurisprudenza Sammarinese anni 1981-1990*, pag. 1485 s..

<sup>13</sup> Vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisione di secondo grado n. 5.

sentenza del Commissario della Legge emessa in data 24 aprile 1989 o la sentenza del Giudice delle Appellazioni Civili emessa in data 28 novembre 1991).

Ciò premesso, con atto di citazione notificato in data 7 maggio 1984, il sig. Stacchini chiamava i signori Agarici e Toccaceli avanti il Commissario della Legge per ivi sentirli dichiarare responsabili, in quanto esecutori delle opere edilizie interne ed esterne riguardanti l'edificio agricolo dell'attore, delle lesioni verificatesi all'immobile.

Le opere, trascorso un certo periodo di tempo dalla loro consegna avevano tra l'altro, manifestato lesioni tali da cagionare anche lo stato di pericolo dell'intero edificio.

I convenuti si costituivano ritualmente all'udienza del 7 giugno 1984 fissata dal Commissario della Legge, opponendo le *generalia contra* ed, in particolare, richiedevano che l'istanza attorea venisse respinta, in quanto nessuna responsabilità era imputabile agli stessi.

Ad istanza della parte attrice veniva ammessa perizia giudiziaria sui seguenti quesiti:

*“a) accertare lo stato di pericolo delle costruzioni di cui all'atto di citazione;*

*b) stabilire le opere urgenti per evitare il deterioramento e le opere di restauro;*

*c) quantificare il danno e le svalutazioni;*

*d) accertare le cause delle lesioni e se queste conseguono a difetti di esecuzione delle opere edilizie a regola d'arte.”*

Venivano, altresì ammessi documenti prodotti da entrambe le parti in causa; si procedeva all'esame di alcuni testi (ing. Grandoni Marino, geom. Pruccoli Pierino, ing. Grassi Maurizio).

Infine, si autorizzava l'attore, con decreto in data 22 aprile 1986, ad eseguire a sue spese le opere necessarie per il restauro dell'immobile lesionato, riservando al definitivo giudicato l'attribuzione dell'onere delle spese stesse.

Con sentenza resa in data 24 aprile 1989, il Commissario della Legge dichiarava i convenuti Agarici Fernando e Toccaceli Roberto esclusivamente responsabili delle lesioni verificatesi nell'edificio costruito dagli stessi su commissione dell'attore Stacchino Tino.

Condannava i predetti convenuti al pagamento in solido in favore dell'attore della complessiva somma di lire 30.195.600, per le causali di cui alla parte motiva; con gli interessi alla legale ragione del 7% dalla data della citazione (19 aprile 1984) al saldo.

Condannava i convenuti al pagamento in solido delle spese e degli onorari del giudizio, liquidate nella complessiva somma di lire 4.000.000 fino alla sentenza, salvo le successive occorrenze.

Il Commissario della Legge motivava la decisione sulla base dei principi che nel Diritto Comune Sammarinese regolano la responsabilità contrattuale del costruttore di un edificio nei confronti del proprietario committente.

Nella fattispecie posta al suo giudizio, il Commissario della Legge ha ravvisato la figura della *locatio operis faciendi* in cui il *locator operis* è l'imprenditore o assuntore dell'opera.

In particolare, in materia di costruzioni edili, la responsabilità contrattuale del costruttore è connessa ad un *“suo fatto o a sua colpa”*, onde egli è tenuto a risarcire il danno subito dal proprietario a seguito della sua inadempienza e nei limiti della stessa.

Altresì, richiamando una norma prevista dal diritto italiano all'articolo 1669 del codice civile, per cui l'appaltatore è dichiarato responsabile, nei dieci anni dal compimento dell'opera *“per vizio del suolo o per difetto di costruzione”*, si sottolinea che all'appaltatore compete l'onere di fornire la prova della mancanza di colpa con fatti

positivi, specifici e precisi, fra cui in primo luogo l'eventuale vizio del progetto fornito dal committente, o le erronee istruzioni del committente o del direttore dei lavori, o la constatazione successiva di uno speciale *vitium soli* non riconoscibile nella sua entità e gravità al tempo della costruzione.

La dominante tradizione giurisprudenziale del diritto comune ha sempre escluso l'imputabilità al *conductor* di una esclusiva responsabilità nell'ipotesi di *vitium soli* non visibile né accertabile al tempo della costruzione dell'*opus*, e di conseguenti difetti della costruzione imputabili almeno in parte al committente o all'autore del progetto.

La concezione del diritto comune, su cui si fonda la decisione del Commissario della Legge, è a sfavore degli imprenditori edili "improvvisati", perché eleva il costruttore alla qualifica di "*magister*", ossia riconosce allo stesso un elevato grado di professionalità tale da renderlo responsabile per tutte le scelte e i giudizi che pone in essere nel realizzare l'opera commissionata.

Ai convenuti è riconosciuta una *culpa* che deriva o da "*negligenza, imperizia o inosservanza delle regole dell'arte*", ovvero dal "*non aver provveduto ad accertare il vizio riconoscibile dallo scavo delle fondazioni e nel corso dei lavori, e ad attuare tutti i rimedi necessari per emendare o eliminare i difetti del suolo fornitogli dal committente*".

Contro la suesposta sentenza del Commissario della Legge veniva ritualmente proposta impugnazione avanti il Giudice delle Appellazioni Civili, in data 5 luglio 1989.

La difesa appellante chiedeva ed otteneva che si procedesse al contraddittorio fra le parti; altresì, ad istanza della medesima difesa, che si procedesse all'acquisizione di un foglio di contabilità relativa ai lavori effettuati dagli appellanti.

Nessuna ulteriore attività processuale veniva svolta, quindi le parti concludevano.

Il Giudice delle Appellazioni Civili, con sentenza resa in data 28 novembre 1991, accoglieva l'appello *de quo*, e a riforma dell'impugnata sentenza dichiarava in nulla risultare che gli appellanti Agarici e Toccaceli fossero responsabili del dissesto verificatosi nell'immobile di proprietà dell'appellato Stacchini; condannava l'appellato Tino Stacchini al pagamento di spese e onorari di entrambi i gradi di giudizio, dando mandato a S.S. il Commissario della Legge di provvedere alla relativa liquidazione.

Il Giudice delle Appellazioni Civili motivava la sua decisione ritenendo che la Cooperativa Ventoso si era impegnata alla "*esecuzione dei lavori di scavi fondazioni, murature, strutture in cemento armato, solai, tetto ecc., come meglio specificati nell'elenco lavori allegato*", mentre l'appaltatore è responsabile quando la costruzione costituisce un "*fenomeno unitario*" e "*quando è lo stesso imprenditore a compiere tutte le operazioni necessarie al raggiungimento dello scopo*".

Dunque, la circostanza che la costruzione dell'edificio ed i relativi calcoli del cemento armato siano stati effettuati da altra ditta, così come il riporto del terreno e la realizzazione dell'impianto fognario per il necessario scolo delle acque, sono elementi che, a giudizio del Giudice delle Appellazioni, depongono per l'esclusione della responsabilità in capo agli appellanti.

Gli stessi, tra l'altro, concludevano un contratto in cui il "*locator cum praestet operas suas arbitrio conductoris*", diversamente "*in locatione vero operis operarius est conductor quia opus faciendum a locatore recipit et in eo arbitrio suo operatur...*".

Contro la decisione del Giudice delle Appellazioni Civili, il signor Stacchini Tino presentava, in data 26 marzo 1992, ricorso in terza istanza all'On. Consiglio dei XII per vedere confermata la sentenza di primo grado, pronunciata dal Commissario della Legge in data 24 aprile 1989.

Il Consiglio dei XII, preso atto del ricorso, accordava alle parti 2 giorni, dalla notifica dello stesso, per dare il nome dei sospetti e confidenti (Prof. Giovanni Gualandi; Prof. Severino Caprioli; Prof. Victor Crescenzi); e accordava alle parti 4 giorni, decorrenti dal giorno successivo alla scadenza dei due predetti, per produrre memorie.

In data 26 agosto 1992, le parti depositavano memorie conclusionali.

In data 23 gennaio 1993, mi perveniva l'incarto processuale con gli allegati e le difese delle parti.

La presente questione si rivela alquanto complessa, particolarmente per la diversa impostazione, in fatto ed in diritto, data alla vicenda nelle sentenze precedenti.

L'esame dei fatti occorsi e lo svolgimento del processo in entrambi i gradi del giudizio forniscono, tuttavia, elementi sufficienti per addivenire alla soluzione del quesito sottoposto a parere.

La fattispecie è da ricondursi allo **schema tipico della locazione-conduzione, in particolare alla figura della "locatio operis faciendi"** in cui *locator operis* è il proprietario-committente, e *conductor operis* è l'imprenditore o assuntore dell'opera.

Ne consegue che la responsabilità del costruttore di un edificio nei confronti del proprietario committente, in caso di rovina o di lesione dell'opera, deve essere valutata in rapporto al verificarsi dell'evento dannoso: evento dipendente da fatto imputabile al costruttore; ovvero da caso fortuito o da forza maggiore; o, ancora, dalle particolari condizioni del suolo o dei materiali consegnati dal proprietario committente l'opera.

La questione della responsabilità del costruttore, in materia di contratto d'opera o d'appalto, viene in rilievo quando sorge il dubbio se la rovina o il danno dipendono da "*vitium operis*" o da "*vitium soli*", o da altra causa che il costruttore non ha potuto impedire o comunque a lui non imputabile.

Nel diritto giustiniano è stato accolto il principio secondo il quale, in caso di "*vitium soli*" non riconoscibile dal costruttore, permane in capo al proprietario del suolo il rischio della rovina dell'edificio. Il costruttore, peraltro, è responsabile per negligenza, imperizia o inosservanza delle regole dell'arte sua, se non ha provveduto ad accertare il vizio riconoscibile nello scavo delle fondazioni e nel corso dei lavori, dando altresì, attuazione a quei rimedi tecnici necessari per eliminare i difetti del suolo (Legge 62 Dig. 19, 2).

Dunque, in tale ipotesi, non sussiste alcuna responsabilità obiettiva del costruttore, ma soltanto una sua presunzione se ed in quanto lo stesso non avesse riconosciuto o non avesse posto rimedio al *vitium*.

A tal proposito, occorre fornire la prova di fatti positivi, specifici e precisi che escludano la colpa del costruttore, *in primis* l'eventuale vizio del progetto fornito dal committente, le erronee istruzioni del committente o del direttore dei lavori, o la constatazione successiva di uno speciale "*vitium soli*" non riconoscibile nella sua entità e gravità al tempo della costruzione.

Così l'art. 1669 del codice civile italiano sancisce una responsabilità di natura contrattuale, accolta dalla dominante tradizione giurisprudenziale del diritto comune, la quale ha sempre escluso l'imputabilità al costruttore di una esclusiva responsabilità nell'ipotesi di "*vitium soli*" non visibile né accertabile al tempo della costruzione dell'*opus* e dei conseguenti difetti della costruzione imputabili, in parte, al committente o all'autore del progetto.

**La dottrina di diritto comune, commentando la costituzione giustiniana (C. 8. 12. 8) in materia di vizi occulti e non, ritiene in capo ai costruttori “*omne vitium apparens intra XV annos est effectu magisterii*” (Baldus Ubaldi, *Lectura in Codicem*, ed. Venetiis 1587). Addirittura, al costruttore viene attribuita una responsabilità per vizi successivamente manifestatisi entro l’arco dei quindici anni dal compimento della costruzione, con evidente inversione dell’onere probatorio a carico del costruttore.**

La concezione del diritto comune è dunque a sfavore dell’imprenditore edile “improvvisato”, richiedendo al contrario, un elevato grado di professionalità tale da ritenerlo responsabile per tutte le scelte e i giudizi che pone in essere nel realizzare l’opera presa in locazione.

**Quindi, al costruttore sono richieste particolari nozioni di esperienza e di tecnica per esercitare la professione.**

**Ne consegue che, nella *locatio operis*, il costruttore si fa carico di ogni responsabilità nella costruzione, a nulla rilevando l’errore del progettista, il quale comunque avrebbe dovuto essere “riconosciuto” dal costruttore, il quale, altresì, deve porsi in posizione critica nei confronti dello stesso, esprimendo valutazione e giudizi, anzi, ove fosse necessario, anche precisi e puntuali rifiuti di esecuzione.**

Di tal che pare insufficiente sostenere che il costruttore non sia responsabile delle lesioni dell’edificio, in quanto obbligato unicamente a realizzare l’opera nella maniera in cui era stata commissionata, “*secondo le direttive della proprietà e dei tecnici di fiducia*”.

La soluzione adottata risulta confortata dalla perizia d’ufficio, la quale al paragrafo 3 elenca le “*cause delle lesioni*”: “*la causa diretta è senza dubbio il movimento franoso insorto sul pendio, potenzialmente instabile, in seguito ai lavori eseguiti. Le prove penetrometriche ed i sondaggi eseguiti lo confermano totalmente; si può infatti individuare una superficie di scorrimento del terreno di profondità e dimensioni che concordano con l’analisi dei manufatti interessati*”.

Prosegue la perizia, più volte esaminata nei precedenti giudizi, rilevando la inidoneità del terreno di fondazione, “*troppo superficiale e costituito da terreni non compattati per avere le caratteristiche di resistenza necessarie in relazione alla fondazione del muro progettata*”.

Altresì, l’esame peritale effettuato sul luogo, pone in evidenza che non sono stati previsti dall’impresa costruttrice strutture o accorgimenti tecnici che quel tipo di terreno richiedeva, onde compiere l’esecuzione “*a regola d’arte*” delle opere.

Dunque, il terreno era facilmente (da parte di “*attenti*” costruttori) riconoscibile come instabile ed inidoneo a sopportare delle opere, se non previa predisposizione di opportuni accorgimenti tecnici; il riporto di terreno era troppo consistente, mancavano i drenaggi e i cordoli di collegamento, inidoneo risultava il muro di sostegno: valutazioni tutte che sono state disattese dall’impresa.

A tal proposito, è sufficiente leggere il testo del contratto intervenuto fra le parti, in data 17.04.1979, all’art. 1: “*oggetto del contratto è l’esecuzione dei lavori di scavo, fondazioni, murature, strutture del cemento armato, solai, tetto, ecc..., come meglio specificato nell’elenco lavori allegato*”, da cui risulta l’inadempienza contrattuale dell’impresa.

Alcune testimonianze, peraltro, confermano che: “*l’opera nel suo complesso è eseguita a regola d’arte, c’è però una carenza di cautela da parte dell’impresa che avrebbe dovuto valutare meglio il rischio di costruire in una zona sicuramente instabile*”...

*“Nell’immobile si sono verificati degli slittamenti che dimostrano l’inidoneità della struttura a sopportare gli sforzi alla quale era sottoposta...” (Ing. Marino Grandoni). “Nella progettazione del fabbricato si doveva tenere conto della potenziale instabilità del terreno sottostante e immediatamente a valle. Una buona regola di progettazione sarebbe stata quella di evitare riporti di terreno; dimensionare opportunamente e collegare fra loro i pali di fondazione... Risulta poi inadatto il muro di sostegno, sia per quanto riguarda la qualità del terreno sostenuto, sia per quella del terreno di posa... L’instabilità del suolo era prevedibile o meglio si doveva facilmente prenderla in considerazione... Le opere realizzate non erano adatte a garantire la stabilità della costruzione in rapporto alle forze agenti” (Ing. Maurizio Grassi).*

#### 4.

Consiglio dei XII (Consulente Prof: Avv. Tito Ballarino), 28 giugno 1994, delibera n. 7.

Giorgetti Rita e Valentini Egidio (Avv. L. Bacciocchi) : Zonzini Luigi (Avv. A.S. Belluzzi) – Causa n. 259, anno 1984.

#### **Servitù – Esercizio – Aggravamento – Modifica e trasferimento.**

*Il proprietario del fondo servente non può fare cosa alcuna, che tenda a diminuire l’uso della servitù o a renderlo più incomodo.*

*Non può quindi variare lo stato del fondo, né trasferire l’esercizio della servitù in luogo diverso da quello ove fu originariamente stabilita.*

*Tuttavia se l’originario esercizio fosse divenuto più gravoso al proprietario del fondo servente, o se gli impedisse di farvi lavori, riparazioni o miglioramenti, egli può offrire al proprietario del fondo dominante un luogo egualmente comodo per l’esercizio del suo diritto, e questi non può ricusarlo.*

**SENTENZA CONFORME:** decisione di secondo grado del 2 marzo 1993<sup>14</sup>.

**SENTENZA NON CONFORME:** decisione di primo grado del 4 ottobre 1991<sup>15</sup>.

#### FATTO

Con citazione del 20 settembre 1984, i sigg. Giorgetti Rita e Valentini Egidio citavano il sig. Zonzini Luigi avanti il Tribunale Commissariale Civile e Penale della Repubblica di San Marino esponendo che Zonzini aveva realizzato nel proprio fondo delle opere di edilizia che pregiudicavano l’esercizio di una servitù di passo posta a favore di un fondo di loro proprietà.

Essi chiedevano che il Commissario della Legge dichiarasse che il loro diritto di passo doveva essere esercitato sul terreno del convenuto nello spazio di due metri dal muro

<sup>14</sup> Vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 13.

<sup>15</sup> Vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisione di primo grado, n. 49.

esterno della sua abitazione, nel quale era stato esercitato da tempo immemorabile. Chiedevano altresì di condannare il convenuto a ripristinare a proprie spese la situazione anteriore diffidandolo dal compiere in futuro ogni atto di turbativa del diritto di servitù di passo.

Il convenuto Zonzini replicava di avere sempre rispettato la servitù di passo in favore della proprietà Giorgetti/Valentini consentendo ad essa di usare comunque una striscia di terreno larga ml. 2. Zonzini aveva presentato un progetto per trasformare in garage le cantine del proprio edificio e, avendone ottenuto l'approvazione dall'autorità, aveva dato inizio alla realizzazione di scivoli che permettessero l'accesso alla parte inferiore dell'edificio e l'utilizzazione di essa come garage. La costruzione di questi scivoli ed insieme una vecchia pianta di vite costituivano gli impedimenti lamentati dagli attori Giorgetti/Valentini all'esercizio della servitù di cui erano titolari.

L'esame degli atti del patrocinio Zonzini in primo grado dimostra che Zonzini, pur ammettendo l'esistenza della servitù di passaggio, tendeva a dimostrare che essa, sicura per quanto riguardava la larghezza, non lo era quanto all'ubicazione. Muovendosi in questo quadro volutamente ambiguo, Zonzini presentava e depositava agli atti una planimetria per la determinazione della servitù di passo che la collocava in un luogo diverso da quello indicato dagli attori. E' provato, tuttavia, che Zonzini aveva richiesto al Giudice un'udienza in contraddittorio tra le parti per raggiungere un amichevole accordo.

Il Commissario della Legge esperiva una rilevante attività istruttoria dalla quale emergeva che la servitù di passo era stata costituita con il Pubblico Atto rogato in data 20 aprile 1911 dal notaio Menetto Bonelli; che il passo era stato costituito ed era stato esercitato, per una larghezza di ml. 2, in aderenza al muro esterno dell'immobile di proprietà Zonzini e non, come questi sosteneva, su di un altro tratto di terreno distante 5 o 6 metri dall'immobile medesimo. Il Commissario della Legge (sent. 4 ottobre 1991) accertava che Zonzini aveva *“di suo arbitrio, senza il consenso dei proprietari del fondo dominante e senza autorizzazione debitamente emessa dall'Autorità giudiziaria alterato e reso più difficoltoso il percorso di un passaggio sul quale era costituita regolare servitù in favore degli attori, in base ad atti pubblici regolarmente trascritti”*, dichiarava l'esistenza della servitù di passo in favore del fondo di proprietà Giorgetti/Valentini *“insistente sul suolo aderente ed immediatamente adiacente al muro esterno posteriore dell'immobile di proprietà del convenuto Zonzini”*; intimava a quest'ultimo *“di rimettere le cose in pristino stato, eliminando in particolare le escavazioni effettuate in corrispondenza di accessi all'immobile di sua proprietà, rimuovendo inoltre ogni altro ostacolo frapposto al pieno e libero esercizio del diritto di passo spettante agli attori”*.

La sentenza del Commissario della Legge era fondata essenzialmente sul canone *Reintegranda*, anche se incidentalmente (a pag. 6) egli concedeva che *“L'Autorità giudiziaria, in base al diritto romano comune, può autorizzare, in determinati casi, con le dovute cautele, con le opportune disposizioni, modifiche e trasferimenti [ma] solamente in casi eccezionali nei quali l'originario esercizio della servitù sia divenuto estremamente gravoso al proprietario del fondo servente”*.

Zonzini interponeva appello e il Giudice delle Appellazioni Civili pronunciava sentenza in data 2 marzo 1993 (depositata in Cancelleria il 16 marzo 1993) nella quale riformando *in toto* la sentenza del Commissario della Legge accoglieva la domanda dell'appellante Zonzini e statuiva quanto segue:

[il Giudice delle Appellazioni Civili]

- dispone che sino a nuovo tracciato del percorso nulla sia innovato nell'attuale disposizione del terreno sul quale insiste la servitù di passo della quale sono titolari gli appellati sigg. Giorgetti/Valentini;
- autorizza l'appellante sig. Zonzini a predisporre nuovo tracciato del percorso della servitù medesima sulla base dei disegni allegati al fascicolo processuale;
- rimanda ad altra sede l'eventuale riconoscimento di danni da corrispondersi ai sigg. Giorgetti/Valentini nell'ipotesi che lo spostamento del percorso della servitù possa arrecare loro danni documentabili;
- condanna gli appellati Giorgetti/Valentini in solido al pagamento di spese e onorari di primo e secondo grado di giudizio.

Il Giudice delle Appellazioni Civili osserva che la vertenza avrebbe potuto concludersi già in primo grado con una transazione e censura la sentenza di primo grado per avere posto l'accento esclusivamente sulla reintegrazione del possesso *“omettendo di deliberare su una domanda ritualmente posta dalla allora parte convenuta”*. Tutto l'impianto di causa – egli rileva, imputando al giudice di primo grado di aver fatto un uso *“scarso, addirittura nullo”* dei propri poteri istruttori – *“grava esplicitamente sulla reintegrazione del possesso, con la strana omissione o minimizzazione della domanda della quale si è discusso”*.

Contro la sentenza del Giudice delle Appellazioni Civili Giorgetti/Valentini ricorrevano al Consiglio dei XII, Giudice di terza istanza, chiedendo di dichiararne la nullità e di confermare in ogni sua parte la decisione di primo grado emessa dal Commissario della Legge.

Resisteva Zonzini chiedendo all'On.le Consiglio dei XII di *“riconoscere fondata e giusta la sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Civili pronunciata il 2 marzo 1993, pubblicata il 16 giugno 1993, accogliendo la propria domanda, confermando altresì tutti gli altri disposti del Giudice delle Appellazioni nelle motivazioni finali di sentenza”*. Il patrocinio di Zonzini muove al Giudice di primo grado la critica di avere disatteso la funzione specifica dell'autorità giudiziale omettendo di *“fare uso dei propri poteri istruttori che gli avrebbero imposto di condurre la parte dissenziente a spiegare i motivi del proprio dissenso”*. Sul merito, viene fatto carico al Commissario della Legge di avere ignorato il principio del diritto romano per cui il Giudice in determinati casi – e precisamente allorchè l'originale esercizio della servitù sia divenuto estremamente gravoso al proprietario del fondo servente – può autorizzare modifiche e trasferimenti della servitù stessa.

## DIRITTO

Per una migliore intelligenza del caso, verranno esaminate separatamente le differenti argomentazioni giuridiche sollevate in corso di causa.

Applicabilità della rubrica XLIII Lib. V della Raccolta *“Leges Statutae”*.

Il patrocinio Giorgetti/Valentini afferma che Zonzini avrebbe dovuto esperire la procedura prescritta nel par. 3° di detta norma, quello che inizia con *Liceat tamen cuicumque*. Leggiamolo nella traduzione italiana (pubblicata in *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, Firenze, 1895, a pag. 208): *“Sia lecito però ad ognuno che ha un campo pel quale non vi sia la via, passo, né accesso, passare per gli altrui campi vicini, se vi fosse necessità di lavorare, o cogliere i frutti, avutone però prima il*



*permesso dal padrone del campo pel quale intende passare. E se tal permesso il proprietario del campo ricuserà di darlo, in tal caso ad istanza di chi lo chiede, i Capitani pro tempore siano tenuti, e debbano d'ufficio costringere il proprietario del campo pel quale si chiede il passo, e l'accesso, a scegliere insieme coll'istante uno o due probiviri, che abbiano facoltà ed arbitrio di dichiarare e designare il luogo ove vogliono che si abbia accesso in persona, o colle bestie nel tempo di necessità, secondo che richiederà il caso e il tempo pel fare i lavori e cogliere i frutti. In modo però che ciò si faccia col minor danno ed incomodo che sia possibile dei suddetti proprietari dei campi”.*

Di tutta evidenza la norma si riferisce alla fattispecie che, nella terminologia moderna, viene chiamata *servitù coattiva*. Non giova invocarla in questo caso nel quale una parte si richiama al principio dell'osservanza della servitù come è stata determinata *hic et nunc* nell'atto costitutivo, mentre l'altra invoca il principio della trasferibilità di essa.

Precedenti giudiziari sammarinesi.

Tra le sentenze sammarinesi citate dalle parti ed anche dal Giudice delle Appellazioni merita di essere segnalata soltanto quella emanata dal Commissario della Legge Ramoino in data 29 dicembre 1966 (in *Giurisprudenza sammarinese*, IV, 1964-1969, p.77). In essa viene enunciato il seguente principio: “*Il proprietario del fondo servente, che arbitrariamente modifica il percorso di un passaggio sul quale è costituita regolare servitù in favore del proprietario del fondo dominante, è tenuto o a rimettere le cose in pristino o a rifondere i danni*”.

La fattispecie esaminata dall'illustre Giudice era alquanto diversa da quella in esame, dal momento che essa presenta un proprietario di fondo servente che aveva agito di proprio arbitrio senza proporre il ricorso all'autorità giudiziaria ed anzi creando uno stato di fatto che consentiva bensì l'esercizio della servitù, ma in una forma più onerosa per il proprietario del fondo dominante e che ne diminuiva il valore. Preso atto della situazione prospettatagli, l'avv. Ramoino propende per la soluzione consistente nell'accordare agli attori/titolari del fondo dominante un congruo indennizzo per la perdita di valore dei terreni a seguito della deviazione del passaggio, piuttosto che quella d'imporre il ritorno allo *status quo antea*.

Rispetto al caso presente, questa decisione non costituisce quindi un valido precedente. Vi è da osservare, comunque, che l'avv. Ramoino ammette, in linea di principio, la possibilità di autorizzare modifiche o trasferimenti di una servitù il cui esercizio sia divenuto più gravoso per il proprietario del fondo servente.

Diritto romano e diritto civile.

**La regola fondamentale esposta nel Digesto in tema di servitù è che se a qualcuno viene concessa la via attraverso un fondo senza determinazione, sarà lecito esercitare l'iter e l'actus ovunque, vale a dire in qualsiasi parte di esso, purchè lo si faccia civiliter modo** (ritorneremo in seguito sul valore di questa espressione): ciò significa, ad es., che non si deve pretendere di esercitare l'iter e l'actus in mezzo ai vigneti quando si può farlo da un'altra parte con altrettanta comodità e minor danno per il fondo servente. (D. 8, 1, 9 *Cels. V Dig.*: si tratta del passo che inizia con *Si cui simplicius via per fundum...*). La norma si riferisce al caso di una servitù indicata in maniera generica, per il risultato pratico che rende possibile, piuttosto che a quello, come il nostro, di una servitù esattamente determinata in tutte le sue componenti, inclusa la localizzazione topografica, ma che sarebbe opportuno trasferire su altro tracciato nel

fondo medesimo. Questo carattere della fattispecie del Digesto è confermato anche dove il passo prosegue dicendo che il proprietario del fondo dominante deve esercitare *l'iter e l'actus* soltanto nella direzione in cui ha tracciato la *via* la prima volta e non ha più il potere di cambiarla.

Il patrocinio di Zonzini ha censurato che il Commissario della Legge, pur riconoscendo che nel diritto romano comune l'autorità giudiziaria ha la facoltà di trasferire e modificare la servitù, non ne abbia tratto la conseguenza alla quale ha portato l'evoluzione del diritto: ad ammettere cioè la possibilità del trasferimento della servitù.

Si fa riferimento alla norma contenuta nel secondo comma dell'art. 1068 del codice civile italiano: *“Tuttavia, se l'originario esercizio è divenuto più gravoso per il fondo servente o se impedisce di fare lavori, riparazioni o miglioramenti, il proprietario del fondo servente può offrire al proprietario dell'altro fondo un luogo egualmente comodo per l'esercizio dei suoi diritti, e questi non può ricusarlo”*.

Questa norma non fa che confermare quanto disponeva l'art. 645 del codice civile italiano del 1865 e già prima l'art. 661 del codice sardo. L'origine prossima di essa è l'art. 701 del Codice di Napoleone, il cui terzo comma stabilisce che se la localizzazione primitiva della servitù è divenuta più onerosa per il proprietario del fondo servente o gli impedisce di farvi delle riparazioni, costui *“pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser”*.

Deduzioni dai principi romanistici.

Nel suo volume *Le basi romanistiche del codice civile* (Torino 1950, p.149), S. Di Marzo, esaminando l'origine romanistica dell'art. 1068 del codice civile italiano vigente, menziona soltanto il passo del Digesto che abbiamo sopra menzionato. Aggiunge, tuttavia, quanto segue: *“Nondimeno se il proprietario del fondo servente voleva rendere religiosus il locus servitutis, poteva spostarlo “si non minus commode per alium locum servitute uti potest” (D. 11, 7, 2, 8).*

Analizzando l'art. 645 del codice civile italiano del 1865, il quale come abbiamo visto ammetteva (come oggi ammette l'art. 1068, 2° comma, cod. civ.) la possibilità di uno spostamento del *locus qui servit*, il Brugi (in GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, diretto da Serafini – Cogliolo – Fadda, Vol. VIII, Milano 1900, p.76) osserva che il principio in esso enunciato *“non è in sostanza che un ulteriore e logico svolgimento della massima che le servitù debbono essere esercitate civiliter”*. E' ben vero, osserva Brugi, che la codificazione romana contemplava solamente il caso che si volesse rendere religioso il *locus servente* (*locus* è parola tecnica per indicare il preciso punto del fondo ove si esercita la servitù), ma è altrettanto indiscutibile che la regola venne poi impiegata per fare entrare il principio del trasferimento *“nel vasto quadro dell'usuale giurisprudenza romana”*. La Glossa ad L. *si cui* (9) D. *de serv*, interpretò il passo D. 11, 7, 2, 8 *“così ampiamente da estendere il principio ad ogni altra causa, anche non di sepoltura o religiosità, che spingesse il proprietario del fondo servente a spostare quel locus senza danno del titolare della servitù”* (Brugi, *op. cit.* p. 77). E il Brugi aggiunge *ad abundantiam*, che la stessa regola della *commutatio* del *locus* è sostenuta anche dagli agrimensori: essi ammettono che il trasferimento possa aver luogo se il titolare del passaggio goda con eguale comodità del suo diritto (*per quae possit loca commode iri*).

In questa forma, il principio della modificabilità delle servitù si è trasferito nel diritto comune, sia pure con requisiti procedurali specifici, come del resto lo stesso patrocinio Giorgetti/Valentini ammette (p. 22, *Allegazioni finali*).

Le argomentazioni conclusive delle due parti.

Nelle *Allegazioni finali* i ricorrenti Giorgetti/Valentini dichiarano che *“non si sono mai opposti alla variazione del luogo di esercizio della servitù di passo, ma hanno soltanto preteso di conoscere i fondati motivi e le reali ragioni che indurrebbero controparte ad invocare l’ottenimento della variazione stessa.”* *“E’ conforme a logica – essi proseguono – che non si può esprimere dissenso in merito ad una proposta che non si conosce, in quanto mai è stata ritualmente formulata”*.

Risulta dai verbali di causa che nel corso dell’udienza del 19 novembre 1987 il patrocinio di Zonzini aveva dichiarato che il diritto di passo deve essere esercitato senza arrecare danno o pregiudizio a chi lo subisce: conseguentemente, presentava un disegno che *“identificava un’ipotesi di ubicazione corretta di tale diritto”* e chiedeva che venisse fissata udienza per l’esame in contraddittorio della proposta (la quale altro non era che l’esercizio della facoltà riconosciuta al titolare del fondo servente da disposizioni come quella dell’art. 1068, 2° comma, cod. civ. italiano). Già prima, del resto, il procuratore di Zonzini (comparsa del 16 giugno 1986) aveva informato che Zonzini aveva presentato un progetto per la realizzazione di un’autorimessa da realizzare sul terreno di sua proprietà, esibendo i documenti relativi e precisando che l’opera non avrebbe turbato il diritto di passo rivendicato da Giorgetti/Valentini. E ancora nell’udienza del 15 settembre 1988, il procuratore di Zonzini precisò che il prospetto tecnico prodotto rappresentava *“una proposta transattiva di identificazione del diritto di passo carraio sempre riconosciuto alla controparte”*.

Tali circostanze, e segnatamente l’ultima, sono ammesse dal patrocinio di Giorgetti/Valentini, che tuttavia qualifica *“sibillina”* l’affermazione da ultimo citata di Zonzini, laddove è chiaro che si trattava della richiesta di attivare la regola per cui il cambiamento di luogo per l’esercizio della servitù può essere concesso su istanza del proprietario del fondo servente. E’ ben vero che nella prima fase del processo la linea difensiva di Zonzini tendeva anche a dimostrare che la localizzazione della servitù non era adiacente al fabbricato, ma non si può far carico di ciò al Zonzini dal momento che questi ha sempre ammesso l’esistenza della servitù e dal momento che l’obbligo della veridicità nel processo civile – nel processo civile di tutti gli ordinamenti civili – diventa effettivo soltanto in determinate circostanze.

Nelle *Allegazioni finali* Giorgetti/Valentini riconoscono valore al principio che non vi è ragione di opporsi al trasferimento della servitù quando ciò non porta alcun incomodo ai proprietari del fondo dominante e nello stesso tempo risulta di vantaggio al proprietario del fondo servente, ma concludono che la necessità della variazione *“deve essere manifestamente una necessità presente e attuale e non già una necessità futura e ipotetica”*. Ora, anche nel giudizio di secondo grado, il patrocinio di Zonzini ha esibito dei documenti (cfr. *Relazione tecnica dello Studio A4* in data 26 febbraio 1992) il cui significato è univoco: l’evoluzione dell’economia ha determinato un mutamento dei luoghi e una rivalutazione delle proprietà esistenti che può diventare effettiva compiendo determinati lavori di riparazione o di miglioramento. L’effettuazione di tali lavori è tuttavia impedita dall’esercizio della servitù da parte di Giorgetti/Valentini nel tracciato originario. Come scrive il patrocinio di Zonzini nella memoria al Consiglio dei XII del 18 ottobre 1993: *“Nella nostra fattispecie la servitù del 1911, che veniva esercitata in un contesto pressochè rurale e per il passo di un biroccio, è sicuramente non più attuale ai giorni nostri. Sicuramente tale servitù da rustica è divenuta urbana, come urbana è*

*diventata tutta la zona che contorna questi antichi fabbricati. Le vie d'accesso sono vie pubbliche e non carraie*".

L'affermazione del patrocinio Giorgetti/Valentini secondo la quale per concedersi la variazione della servitù *"occorre uno stato di fatto attuale, presente e concreto, non già uno stato di fatto ipotetico, futuro e astratto"* deforma volutamente la regola razionalmente fondata – perché emanazione del principio generale *rebus sic stantibus* operante per i diritti reali laddove si fondano su di un titolo consensuale ed accolta da un'importante giurisprudenza italiana – secondo la quale l'aggravamento dell'esercizio della servitù che ne rende possibile il trasferimento (ai sensi dell'art. 1068, 2° comma, cod. civ.) deve riferirsi ad un fatto sopravvenuto e in un certo senso imprevedibile (Cass. Sent. 321/1987, 3370/1991).

Essa, poi, si sviluppa in un vero e proprio sofisma. Poiché – scrive il patrocinio Giorgetti/Valentini (*Allegazioni finali*, p. 12, 14) – *"la servitù di passaggio che non sia una semplice astrazione ha necessariamente un luogo e un modo di esercizio... altrettanto necessariamente si deve aver diritto, tanto da parte del proprietario del fondo dominante quanto da parte del proprietario del fondo servente, che l'esercizio avvenga in un luogo ed in un modo determinati"*. *"E poiché"* – prosegue il patrocinio Giorgetti/Valentini (*Allegazioni finali*, p. 14) – *tale diritto è consequenziale a quello di servitù, così affinché il diritto stesso possa esistere, è indispensabile che sia posto fuori di contestazione, in modo preliminare, il punto dell'esistenza del diritto alla servitù a favore di un fondo e a danno di altro*". Senonché – questa è la surrettizia conclusione del patrocinio Giorgetti/Valentini quale risulta dall'adesione alle conclusioni esposte dal Commissario della Legge nella sentenza di primo grado – una volta determinata, la servitù è destinata a restare immutabile ed il giudice potrà soltanto tutelarla.

*"Il fondo intero"* – scrive il patrocinio Giorgetti/Valentini (*Allegazioni finali*, p. 16) – *continua a rimanere servente*". Giustissimo, ma da ciò non si trae alcun argomento contro la possibilità di modificare il tracciato di una servitù di passaggio quando, come detto patrocinio concede (p. 18), l'originario esercizio della servitù sia divenuto più gravoso al proprietario del fondo servente.

## 5.

Consiglio dei XII (Consulente Prof. Tito Ballarino), 28 giugno 1994, delibera n. 6.

Vincenti Franco e Raimondi Angela (Avv. A.S. Belluzzi) : Tommassoni Mariangela e Vincenti Antonia (Avv. G. Lonfernini); causa n. 97, anno 1984.

### **Servitù prediale di passaggio – Possesso "ab immemorabili" – Prova.**

*La servitù prediale di passaggio, sfornita di titolo esecutivo, può essere provata solo con l'immemorabile.*

*La prova del possesso "ab immemorabili" deve essere rigorosa, sicura, univoca: deve trattarsi di una situazione di fatto consacrata dalla "vetustas", "cuius origo memoriam hominis excedit", preesistente da tempo remoto "cuius initii non extat memoria in contrarium".*

*La vetustà del possesso tiene luogo del titolo di acquisto del diritto, è quasi prova di un titolo preesistente; l'immemoriale ha "vim tituli, non tam est praescriptio, quam titulus".*

**SENTENZA CONFORME:** decisione di primo grado del dicembre 1987<sup>16</sup>.

**SENTENZA NON CONFORME:** decisione di secondo grado del 28 gennaio 1993<sup>17</sup>.

---

## FATTO

Con istanza in data 15 marzo 1984 Vincenti Franco e Raimondi Angela, proprietari di immobili siti in località Cailungo distinti nel Catasto al foglio 12 con i Mappali 212 e 213, adivano il Tribunale Commissariale Civile e Penale della Repubblica di San Marino reclamando il reintegro nel passo carraio esistente in favore di detti immobili attraverso la proprietà limitrofa delle convenute Tomassoni Mariangela e Vincenti Antonia, ed esponendo che tale diritto era pregiudicato dalla costruzione di manufatti intrapresa dalle convenute.

Radicatasi la causa avanti il Commissario della Legge Dottor Viroli, venivano esaminati i documenti prodotti dalla parte convenuta ed escussi numerosi testi.

Gli attori, come indicato nella memoria conclusionale del 19 dicembre 1985, esercitavano l'*actio spoli* per essere reintegrati nel diritto di passaggio e l'azione confessoria di riconoscimento della servitù per prescrizione e acquisizione *ab immemorabili* della stessa.

Le parti convenute si opponevano argomentando, in linea di diritto, quanto segue. La pretesa vantata dagli attori si fonda su di una servitù discontinua, cioè una di quelle servitù che nel diritto sammarinese, conformemente al diritto comune, si possono acquistare solo con il possesso immemorabile. Occorre, dunque, la prova della sussistenza delle condizioni richieste per questo istituto.

**Per immemorabile, s'intende uno stato di cose che ha avuto una permanenza uniforme per uno spazio di tempo che sorpassa la memoria di ogni uomo. La prova dell'immemorabile, secondo la dottrina e la pratica quasi universale, ha un doppio oggetto: a) la durata dello stato di cose per tutto il tempo che ricade nella percezione propria della generazione vivente (*prova positiva*); b) il fatto che la generazione attuale non ha avuto notizia, per comunicazione dai propri maggiori, della non sussistenza di questo stato di cose (*prova negativa*). I due estremi della prova positiva e della prova negativa devono essere stabiliti, come rileva la sentenza del giudice Ramoino dell'11 giugno 1968, causa 365 anno 1965, facendo riferimento ad un parere del De Luca, chiamando i testimoni a deporre su tre circostanze:**

- **i testimoni hanno visto per un tratto di 40 anni oltre la loro pubertà esercitarsi gli atti in questione;**
- **i loro maggiori hanno riferito di avere visto anch'essi tali atti esercitati nel tempo innanzi;**
- **i maggiori hanno udito la stessa cosa dagli avi.**

---

<sup>16</sup> Edita in *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-90, pag. 1345 s..

<sup>17</sup> Vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 12.

Poiché le testimonianze rese dai testi – ad avviso di parte convenuta – avevano provato soltanto il primo degli estremi richiesti, le parti convenute richiedevano la reiezione della domanda.

Nella sentenza pronunciata il 30 dicembre 1987 e pubblicata in pari data, il Commissario della Legge respingeva la domanda degli attori dichiarando che essi “*non hanno alcun diritto di transitare sull’immobile sito in località Cailungo di sotto della parrocchia di Borgo Maggiore e distinto al Catasto dei fabbricati al Foglio 12 con il numero 208 di proprietà di Tomassoni Mariangela e Rosella, gravato dall’usufrutto di Vincenti Antonia, né per accedere ai beni immobili di loro proprietà confinanti con il predetto immobile o a parte di esso, né per altro motivo: e ciò in quanto sul predetto bene immobile di proprietà e di usufrutto delle convenute non esiste, per non essersi mai validamente costituita, servitù prediale di passo in vantaggio dei beni di proprietà dei sigg. Vincenti Franco e Raimondi Angela*”. Conseguentemente, il Commissario della Legge autorizzava le convenute a chiudere gli accessi e dichiarava la sentenza immediatamente esecutiva, condannando altresì gli attori al pagamento in solido delle spese e degli onorari del giudizio.

Richiamato quanto disposto nella Rub. XLII del Libro V delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, che cioè la consuetudine di passare per campi altrui non reca pregiudizio ai proprietari di questi, la sentenza di primo grado osserva che il titolo per l’esercizio di un siffatto diritto, secondo quanto disposto nell’ultimo comma della medesima Rubrica XLII, non può trovare fondamento altro che nel diritto comune, vale a dire nell’istituto dell’immemorabile introdotto dal diritto giustiniano fra i modi di acquisto della servitù prediale di passaggio: non in quanto prescrizione acquisitiva o presunzione di usucapione, ma come legittima causa di acquisto.

Facendo riferimento alla sentenza di secondo grado emanata il 15 marzo 1971 nella causa civile 178 dell’anno 1967 dal Giudice delle Appellazioni Professor Guido Astuti, la sentenza di primo grado precisa i requisiti dell’immemorabile – presunzione *iuris et de iure* a favore della legittimità dello stato di fatto esistente, che ha *vim tituli* – e della prova di esso.

“*E’ opinione del giudicante – è scritto nella sentenza di primo grado – che le risultanze probatorie non siano idonee a provare, in modo rigoroso, sicuro e univoco, l’esistenza in favore degli attori di un possesso o esercizio della pretesa servitù che si sia protratto pacifico, continuo ed invariato così che la notizia di altro e diverso stato di fatto possa ritenersi scomparsa dalla memoria degli uomini*”.

Vincenti Franco e Raimondi Angela ricorrevano in appello chiedendo il riconoscimento del buon diritto all’esercizio del passo carraio dal momento che sussistevano gli elementi univocamente riconosciuti dalla giurisprudenza sammarinese per provare l’immemorabile. Essi si dolevano che il Commissario della Legge avesse ritenuto non affidabili, e quindi inidonee a fornire gli elementi necessari per il riconoscimento del diritto fatto valere in giudizio, testimonianze rese da persone degne della massima stima e considerazione anche per le cariche pubbliche da esse ricoperte. Si dolevano altresì che il Commissario della Legge si fosse fondato essenzialmente sulla testimonianza del geom. Angelo Cesarini suffragata da una serie di certificati catastali e di altro genere, datati dal 1918 al 1952 che escludevano la possibile esistenza della servitù di passo. Asserivano, gli appellanti Vincenti e Raimondi, che le attestazioni e le asserzioni del geometra Cesarini non rispecchiavano fedelmente la realtà.

Una circostanza, secondo gli appellanti, aveva valore decisivo e avrebbe dovuto essere tenuta presente dal Giudice di primo grado. I fabbricati, tutti di natura rurale, appartenevano ad un unico ceppo familiare e rispondevano ad un modello abitativo caratterizzato da un'aia in comune con libero transito per tutti. La casa del prof. Vincenti ha l'ingresso principale rivolto verso questo piazzale, o aia, comune, e porta ancora sopra il portone una lapide con incisa la data "1820". Da quella data, sicuramente il portone di casa Vincenti è aperto verso l'aia alla quale oggi, in conseguenza della sentenza di primo grado, non ha più accesso, sì che il professor Vincenti, per entrare nella propria abitazione, deve introdursi dal retro, dove anticamente erano poste le stalle. Lo stato dei luoghi, in definitiva, dimostrava, secondo gli appellanti Vincenti e Raimondi che in questo conglomerato di case di carattere familiare si è costituita, non appena intervenute le divisioni di proprietà, una servitù per destinazione originaria del padre di famiglia.

Nella sentenza pronunciata il 28 gennaio 1993 e depositata l'8 febbraio dello stesso anno, il Giudice delle Appellazioni Civili, prof. Corrado Pecorella, accoglieva le tesi degli appellanti dichiarando la sussistenza della servitù di passaggio da essi rivendicata e condannando le appellate alla distruzione delle opere che potevano ostacolare la servitù; ponendo altresì a carico di queste ultime il pagamento delle spese del primo e del secondo grado del giudizio.

Contro questa sentenza ricorrono all'on.le Consiglio dei XII Tomassoni Mariangela e Vincenti Antonia sostenendo che la sentenza del Giudice delle Appellazioni è illegittima e contraria alle norme statutarie e di diritto comune relative alla costituzione di servitù.

## DIRITTO

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 del 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 consulente, è "*limitato nel diritto consuetudinario alla conferma dell'una delle due sentenze*" (T.C. Giannini, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed., G.P.E., San Marino 1964, p.177; G. Gozzi, *Elementi di diritto giudiziario sammarinese*, in *Giurisprudenza italiana*, 1961, V, pp.113ss., a col.115).

Ciò premesso, il sottoscritto Consulente ritiene di dover approvare la prima delle due sentenze, enunciando il proprio dissenso dalla seconda per le ragioni che va ad esporre. Quella della presente causa è problematica non nuova e che ha avuto esauriente trattazione in alcune esemplari sentenze del Commissario della Legge avvocato Ramoino.

Tale sentenze, richiamate in numerosi atti di causa, si aprono con quella del 10 maggio 1914 relativa alla causa numero 52 del 1913 (in *Giurisprudenza sammarinese*, 1911-1920, fascicolo 2, p.52, Arti Grafiche Della Balda). In essa, esposti in maniera sintetica i fondamenti del diritto romano nella materia, l'avvocato Ramoino osserva:

*Del resto, certo si è che la novissima legge di Giustiniano parla della prescrizione acquisitiva della servitù in modo generale e senza fare alcuna distinzione tra le varie specie di servitù. E' lecito perciò concludere che in diritto romano quelle servitù – che*

*oggi giorno sono chiamate discontinue – potevano acquistarsi colla praescriptio longi, o, secondo i casi, longissimi temporis.*

*Ma allorquando i principii di diritto romano sulle servitù e loro prescrizione si trovarono a contatto col diritto germanico da una parte e col diritto canonico dall'altra, subirono deviazioni e trasformazioni. Sorse così, a poco a poco, nel diritto intermedio – dapprima incerta poi con Bartolo e Donello precisa – la distinzione tra servitù continue e discontinue e l'attribuzione di una diversa prescrizione acquisitiva. Mentre infatti le servitù continue continuarono ad acquistarsi colle prescrizioni ordinarie, quelle discontinue, invece, abbisognarono della immemorabile.*

*Ora – continua l'illustre Giudice avvicinandosi alla decisione – data la disparità, circa il modo di acquisto delle servitù cosiddette discontinue, tra il diritto giustiniano e quello intermedio, a quale dei due dovrà il giudicante attenersi? [...] Tenuto conto che né lo statuto né le leggi posteriori regolano l'acquisto delle servitù e che non risultano e sono dimostrate consuetudini, è al diritto comune che, secondo lo Statuto, il Giudice deve attenersi.*

*Ma per il diritto comune dovrà intendersi, con alcuni solamente il diritto romano, oppure con altri il diritto intermedio?*

*Crede il Giudice che alludendo al diritto comune lo Statuto abbia voluto riferirsi al diritto romano consuetudinario, ossia a quei principii che, basati sul diritto romano, erano nei tempi in cui lo Statuto stesso si compilava ovunque in vigore e unanimemente accolti.*

*Applicando un tal concetto alle servitù, dobbiamo dire che a S. Marino è da ammettersi la tradizionale distinzione tra servitù continue e discontinue, e che queste possano acquistarsi solo con la prescrizione immemorabile a meno che non si possa presupporre un titolo o questo pur esistendo derivi a non domino.*

Ritornando, a distanza di qualche anno, sul problema, il Giudice Ramoino scriveva (sent. 20 dicembre 1929, in causa 82/1928, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1929, p.20 a p.21):

*Di fronte alla nuova distinzione delle servitù, in continue e discontinue, subito apparve agli interpreti la necessità di rivedere e di modificare la teoria sulla prescrizione acquisitiva di esse. E si vennero, così, fissando le seguenti regole: a) le servitù continue si acquistano con la prescrizione ordinaria; b) le servitù discontinue si acquistano, per regola generale, con il possesso immemorabile. Questo, che nel diritto romano era applicato a pochi determinati casi, venne trasformato, sotto l'influenza delle consuetudini e delle leggi germaniche, a istituto ordinario; c) le servitù discontinue si acquistano, per eccezione, con la prescrizione ordinaria (si discute per altro, se con quelle dei dieci e venti anni o con quella doppia dei venti o quaranta o con quella trentennale) in questi due casi: 1) quando concorre: sia un titolo atto a trasferire il dominio ma concesso a non domino, sia il possesso in buona fede; 2) quando, in concorso della scientia et patientia da parte del proprietario del fondo servente, l'elasso del tempo avesse fatto presumere la esistenza di un titolo, del quale non si fosse potuto fornire la prova.*

*Il diritto comune accolse le regole sopra indicate sia nella dottrina che nel foro [...]*

*L'insegnamento del diritto comune, dovrebbe, senz'altro, applicarsi nel diritto sammarinese; ma lo Statuto (ad evitare ogni dubbio...) provvide ad accettarlo in modo esplicito nel libro V, Rub. XLII. Dispone tale rubrica che la servitù di passo (e la disposizione deve valere per tutte le altre servitù discontinue) non può acquistarsi con la*



*prescrizione ma solo: 1) o con il possesso immemorabile “per tempus, cuius initii non exat memoria in contrarium”; 2) o con ragioni (e qui ritiensi voglia alludere alle due eccezioni dianzi riferite) o con titolo et similiter in habentibus causam, vel titulum, in quibus casibus iura communia observari volumus.*

Nell’ultima sentenza della serie (11 giugno 1968, causa 365/1965, in *Giurisprudenza sammarinese*, Anno IV, 1964/69, p.408) il Giudice Ramoino ribadisce che *“la servitù di passo è servitù discontinua, che non può essere acquistata mediante prescrizione, ma unicamente in due modi: a) con la immemorabile; b) con l’esistenza di titolo valido secondo il diritto comune”*.

*Osservano gli attori – scrive il Giudice – che essi possono richiamare in loro favore la praescriptio longissimi temporis. Nessun dubbio che questa sia intervenuta ma, come già si è esposto, essa non ha alcuna efficacia (per esplicito disposto delle leges statutae) per stabilire il diritto di passo sulla proprietà altrui (p.412).*

Siffatte sentenze, ed altre dello stesso tenore, basterebbero in qualunque ordinamento – di tipo codificato o di *Common Law*, di formazione giurisprudenziale o giudiziaria, federale o accentrato – a far considerare chiusa la questione. Riaprirla non si può, infatti, senza nello stesso tempo rinunciare ad un valore essenziale: quello della certezza del diritto.

Se, forse, la materia delle servitù ha la caratteristica di presentare con non grande frequenza situazioni litigiose per le quali si rende indispensabile il ricorso alle norme giuridiche – sì che possono oscurarsi, nella coscienza dell’interprete, le particolarità con le quali si manifesta l’efficacia regolatrice dell’ordinamento – essa rimane nondimeno una parte dell’ordinamento che vi trova esplicazione con tutti i suoi caratteri: compresa, appunto, l’aspirazione alla certezza del diritto.

Per convincersi di ciò è sufficiente “simulare” una situazione corrispondente in un campo più di frequente visitato dal diritto quale è la vendita. Chi oserebbe pensare che dopo una serie di sentenze in materia di vendita imponente come quella che abbiamo rilevato in materia di acquisto di servitù di passaggio per usucapione le quali affermassero, putacaso, che i vizi della cosa venduta devono essere fatti valere entro due settimane dalla loro scoperta, qualcuno – giudice, avvocato o professore – potrebbe pretendere di riaprire la questione sostenendo ad esempio che l’acquirente consapevole del vizio ha la facoltà di farlo valere ben oltre le due settimane sino a che non abbia completamente soddisfatto le proprie obbligazioni?

Ad avviso di chi scrive, le sentenze del Giudice Ramoino, frequenti e ripetute, ampiamente motivate sui testi fondamentali della cultura giuridica sammarinese, mai – a quanto risulta – appellate, esprimono lo stato del diritto vigente in San Marino. Non vale, a contraddirle, il richiamo a una nuova possibile lettura del diritto comune o all’intrinseca funzione di questo organismo di rinnovarsi continuamente, tanto che ci si deve chiedere: *an hodie idem?*

Il diritto delle servitù di passaggio vigente in San Marino è quello che emerge dalle predette sentenze: aggiornarlo, seguendo d’altronde indicazioni alquanto generiche, equivale a rinunciare alla certezza del diritto. Ne si può pensare che il saggio del giovane giurista Polacchi (in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1965, p.279ss.) possa avere l’effetto di alterare un corpo di regole esaurienti e rigorose quali quelle che si evincono dalle citate sentenze del Giudice Ramoino.

Il diritto comune è, certo, in larga misura opera dei *doctores*, ed anche a distanza di tempo le opinioni espresse da costoro possono essere lette in una prospettiva diversa.

Senonchè, nella materia particolare di cui ci occupiamo, il diritto comune sammarinese è quello delle sentenze Ramoino. Gioverà qui qualche cenno ad analoghi fenomeni nei quali un testo normativo unitario si diversifica seguendo l'interpretazione data alle stesse regole dalle corti nazionali dei vari Stati: si potrà criticare un simile stato di cose, ma nessuno può pensare che il giudice nazionale debba seguire l'interpretazione della giurisprudenza di un altro paese e non quella dei propri tribunali. Fenomeni del genere si sono verificati anche con riferimento ad un organismo molto simile al diritto comune, quale è la *Common Law*, e più di cinquant'anni fa suscitò sensazione la sentenza della Corte Suprema americana (*Eire Railroad v. Tompkins*, 1938) nella quale questa negava l'esistenza di una *common law* federale (*"There is no federal general common law"*).

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. La sentenza di primo grado merita pieno accoglimento perché, muovendo da premesse che corrispondono a quello che, ad avviso di chi scrive, è il diritto di San Marino in tema di servitù di passaggio, essa conclude che *"In ogni caso è evidente come il requisito dell'immemorabile risulti escluso"*.

Un'ultima osservazione, si ritiene di dover fare, ed è anch'essa fondata su quanto è scritto nella sentenza 11 giugno 1968 sopra citata dell'avvocato Ramoino: *"Si ritiene di compensare le spese del giudizio per motivi di equità in quanto potevano gli attori trovarsi, sia pure erroneamente, nella persuasione di far valere un proprio diritto"*.

## 6.

Consiglio dei XII (Consulente Prof. Victor Crescenzi), 22 luglio 1994.

Baldacci Marino e Guidi Liliana, in proprio e per il minore figlio Daniele, Baldacci Sonia (Avv. G. Saraceni) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avvocatura dello Stato) – Causa n. 231, anno 1988.

### **"Restitutio in integrum" – Rimedio straordinario avverso il giudicato. Remissione in termini ("dilatio") – Strumento procedurale.**

*Il diritto comune tiene ben distinte le figure della "restitutio in integrum" e della remissione in termini ("dilatio").*

*La restituzione in intero, di esclusiva competenza del Consiglio Grande e Generale, è mezzo straordinario di tutela, in favore della parte soccombente, in un processo concluso con sentenza passata in giudicato, al fine di sollevarla dalla preclusione indotta dal giudicato medesimo, consentendo di esercitare poteri processuali ormai consunti nella sentenza.*

*La "dilatio", semplice strumento procedurale, in tanto è ammissibile in quanto sia funzionale allo svolgimento dell'istruzione di un procedimento, vale a dire sia necessaria per l'esibizione di prove o di documenti, rilevanti per quel procedimento.*

*Ne deriva che un soggetto, in quanto già esista e sia instaurato un procedimento, può essere rimesso in termini: allorché per suo errore incolpevole, oppure per il verificarsi*

*di circostanze ostative a lui non imputabili, abbia fatto inutilmente decorrere un termine, entro il quale avrebbe dovuto esperire una certa attività.*

*Sulla base di questi presupposti, la giurisprudenza di diritto comune ha elaborato la dottrina delle “dilationes arbitrarie”, che sono quelle “quas iudex ex variis causis pro arbitrio concedit”, contrapponendole alle “dilationes legitimaе”, ossia a quelle stabilite dalla legge. Giacchè si è ammesso che un termine legale, per sua natura perentorio, sia prolungato dal giudice, che “ex bono et aequo estimare debet”.*

**SENTENZA CONFORME:** decisione di secondo grado.

**SENTENZA NON CONFORME:** decisione di primo grado.

---

### FATTO

Con atto di citazione dell'8 settembre 1988, depositato nella Cancelleria del Tribunale Commissariale Civile e Penale il 15 settembre successivo gli attori signori Marino Baldacci, nato a Montegrimano (Pesaro) il 17.III.1940, Liliana Guidi, nata a Mercatino Conca (Pesaro) il 19.X.1947, coniugi, entrambi per sé e per il figlio minore Daniele, nato a San Marino il 6.III.1973, nonché la signorina Sonia Baldacci, figlia dei medesimi coniugi, nata a Rimini (Forlì) il 13.III.1968, residenti a Fiorentino in via Raffonella convenivano l'Eccellentissima Camera nella persona dei Sindaci di Governo al fine: a) di ottenere la declaratoria in ordine al fatto che gli istanti all'epoca dell'entrata in vigore della legge 27 marzo 1984 n. 33 contenente *Disposizioni straordinarie sulla naturalizzazione* possedevano – continuando a possederli – tutti i requisiti richiesti dalla medesima legge per ottenere la concessione della cittadinanza sammarinese per naturalizzazione in applicazione della stessa legge; b) la conseguente remissione nei termini previsti dall'art. 3 della citata legge 1984 n.33, al fine dell'esperimento della procedura prevista agli artt. 4 e 5.

In particolare gli attori producevano numerosi testi al fine di dimostrare il possesso dei requisiti previsti dall'art. 1 della citata legge nonché al fine di dimostrare un punto cruciale di tutta questa controversia, vale a dire che essi avevano fatto spirare inutilmente il termine di cui al primo comma dell'art. 3 della legge sulla naturalizzazione in quanto sarebbero stati indotti in un errore incolpevole a causa di un parere negativo, dalle stesse parti attrici sollecitato ed espresso nei loro confronti dall'Ufficiale di Stato Civile *pro tempore*, avv. Romano Belluzzi, circa la probabilità, data la loro specifica situazione, di conseguire la naturalizzazione, avuto riguardo alla scarsa consistenza della documentazione che essi sarebbero stati in grado di produrre.

L'I.mo Commissario della Legge riteneva, nella sua sentenza conclusiva del giudizio di primo grado: a) sussistere in capo agli attori, avuto riguardo al contenuto delle numerose testimonianze convergenti su tal punto, la sussistenza dei requisiti necessari per ottenere la naturalizzazione; b) sussistere le condizioni per la concessione ai medesimi attori della *restitutio in integrum*, istituto in base al quale egli concedeva ai medesimi attori la richiesta <<remissione dei termini per la presentazione al Consiglio Grande e Generale della richiesta di concessione della cittadinanza sammarinese per naturalizzazione>>. La sentenza di primo grado dichiarava inoltre integralmente compensate le spese del giudizio.

Contro la sentenza di primo grado ricorreva in appello l'Ecc.ma Camera della Repubblica che ne chiedeva la riforma sia sul punto della concessione del beneficio della *restitutio in integrum*, perché richiesta fuori del termine quadriennale e perché richiesta e accordata dalla autorità giudiziaria ordinaria ritenuta incompetente; sia sul punto dell'esistenza, in capo agli attori, dei requisiti per la naturalizzazione, non essendo stati sufficientemente dimostrati dalla prove addotte in primo grado. L'appello era contrastato da parte attrice che ripeteva le conclusioni di cui al primo grado.

L'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Civili accoglieva il ricorso e riformava integralmente nel merito la sentenza di primo grado. La sentenza di appello, in primo luogo, riteneva impropria la riconduzione, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di remissione nei termini dentro la figura della *restitutio in integrum*, la quale, secondo quanto dichiarato dal giudicante in appello, può avere per oggetto solo una sentenza passata in giudicato, mentre nel caso in questione la fattispecie dedotta in giudizio è di tutt'altra natura. In particolare la dissuasione operata dall'Ufficiale di Stato Civile non è stata ritenuta, in essa sentenza, motivo sufficiente per la concessione del beneficio della remissione in termini, anche avuto riguardo alla circostanza della inerzia delle parti appellate, perdurata per oltre quattro anni dalla scadenza del termine. In secondo luogo il medesimo Giudice non riteneva sufficientemente provata l'esistenza, in capo agli attori, dei requisiti richiesti dalla legge 1984/n.33 per il conseguimento della naturalizzazione.

Pertanto il medesimo Giudice delle Appellazioni dichiarava la compensazione delle spese tra le parti.

Contro la sentenza di appello gli attori ricorrevano dinanzi all'Ecc.mo Consiglio dei XII, che, con delibera del 30 novembre 1993 (pratica n.4268), ai sensi della rubrica 2 del libro IV e della rubrica 76 del libro II nonché della rubrica 7 del libro IV delle *Leges Statutae*, e preso atto dell'avvenuto deposito di cui alla legge 12 giugno 1953 n.15, ordinava la notificazione dell'istanza di ricorso alla parte avversa e accordava alle parti il termine statutario per produrre le proprie memorie; con successiva delibera del 23 marzo 1994 (pratica n.1251), nominava me sottoscritto consulente con l'incarico di esprimere per iscritto un parere in merito alla controversia.

Il 5 maggio 1994 mi veniva trasmesso il fascicolo processuale.

## DIRITTO

1. Né parte attrice, né parte convenuta hanno allegato nuovi argomenti rispetto a quelli già esposti nei due precedenti gradi di giudizio, ma entrambe le memorie conclusionali prodotte in questo terzo grado si limitano a riprendere e ripetere quanto già esposto in precedenza. Sicché si può dire che la questione verte su due capitoli, vale a dire:

- a) se sussistano, in favore dei ricorrenti, le condizioni per la remissione nel termine stabilito dall'art. 3 della legge 27 marzo 1984 n.33 *Disposizioni straordinarie sulla naturalizzazione*, per presentare domanda di naturalizzazione al fine di partecipare al procedimento di cui agli artt. 1, 4 e 5 della medesima legge;
- b) se concorrano in capo agli attori i requisiti per il conseguimento della cittadinanza per naturalizzazione richiesti dall'art. 1 della citata legge 1984/n.33.

2. In via preliminare si deve rilevare che, ad un primo esame, la sentenza di primo grado si presenta viziata da insanabile contraddizione, tale da renderne ardua la stessa interpretazione. Essa, infatti, dapprima dichiara sussistere in capo agli attori i requisiti di cui all'art. 1 della legge 1984/n.33, punto sul quale, come si vedrà più sotto, non sembra potesse pronunciarsi, essendo di competenza esclusiva del Consiglio Grande e Generale; ma subito dopo la medesima sentenza rimette nei termini le parti attrici ai fini dell'esperimento della procedura prevista dalla medesima legge 1984/n.33, procedura che, tuttavia, a causa del riconoscimento dei requisiti per la naturalizzazione già pronunciato nella prima parte del dispositivo della medesima sentenza, sembrerebbe, rimanendo nella logica assunta in tale sentenza, del tutto inutile.

Ciò premesso, si potrà passare al puntuale esame del contenuto della sentenza di primo grado: essa, come appena rilevato, ha ritenuto la sussistenza delle condizioni di cui *supra* al punto a) configurando tale remissione quale *restitutio in integrum*.

Questa conclusione non può essere condivisa. Valgono, infatti, contro di essa, le argomentazioni dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Civili, secondo il quale **altro è la *restitutio in integrum*, altro la remissione nei termini, istituto, quest'ultimo, che, come si può desumere dalle considerazioni della sentenza di appello, costituisce un rimedio di natura procedurale, volto a reintegrare una parte, nei cui confronti sia scaduto un termine per il compimento di una determinata attività rilevante nel procedimento, quando concorrano alcune condizioni.**

In realtà, **il diritto comune tiene ben distinte le figure della remissione in termini (*dilatatio*) e della *restitutio in integrum*.**

In particolare, **quest'ultima è conosciuta dall'ordinamento sammarinese come mezzo straordinario di tutela in favore della parte soccombente in un processo concluso con sentenza passata in giudicato** al fine di sollevarla, come è affermato in una recentissima giurisprudenza del Consiglio Grande e Generale <<dalla preclusione indotta dal giudicato, consentendole di esercitare poteri processuali ormai consunti nella sentenza>> (Decisione del 6 settembre 1990, in *Giurispr. Samm.* 1980-1990, Decisioni di grado straordinario, n.5, p.96). Questa giurisprudenza si riconnette consapevolmente ed organicamente a tutta la tradizione giurisprudenziale sammarinese moderna, a partire dal ben noto parere dello Scialoja al Consiglio Principe e Sovrano adottato con pronuncia del 27 aprile 1905 (*Giurispr. Samm.*, 1963, pp.174-183). Dal quale risulta con sufficiente chiarezza non soltanto la natura straordinaria dell'istituto della restituzione in intero, ma anche la disciplina della relativa competenza e quella dei termini per la presentazione dell'istanza, tutti questi, elementi rilevanti nella causa *de qua*.

Riaffermare la natura straordinaria, oltre che utile ai fini esegetici che sotto si vedranno, deriva dal fatto che condizione per la procedibilità della restituzione in intero è che la parte abbia già esperito ogni altro mezzo ordinario che l'ordinamento mette a disposizione per l'eliminazione del giudicato ingiusto per vizio funzionale del contraddittorio (*Giurispr. Samm.* 1981-1990, n.5, cit. p.97). E quindi occorre che un contraddittorio vi sia stato, ovvero, più in generale, occorre che sia intervenuta una sentenza sfavorevole alla parte istante: sfavorevole e contemporaneamente <<ingiusta perché ignoranza, incapacità, forza maggiore hanno impedito al soccombente un'adeguata difesa>> (Consiglio Grande e Generale, pronuncia del 6 settembre 1968, in *Giurispr. Samm.*, 1964-69, p.13).

La medesima costante giurisprudenza ha più volte affermato la natura tassativa delle cause che consentono il ricorso al mezzo straordinario della *restitutio in integrum*, il che costituisce ulteriore sintomo della straordinarietà dello strumento, che, in quanto tale, non può non essere ammesso che per motivi determinati e soltanto per questi ed *econuerso*, è ammesso per un elenco tassativo di motivi proprio perché straordinario.

La tassatività si evince con chiarezza dal dettato di C. 2, 52 (53), 7, 2, che fa espresso riferimento sia al *tempus in quo* i soccombenti, di minore o maggiore età, *reipublicae causa afuerint*, sia ad *aliae legitimae causae, quae ueteribus legibus enumeratae sunt*.

In particolare, con specifico riferimento alle *legitimae causae*, è stato talvolta ritenuto a torto che l'*aequitas* in quanto tale costituisce la fonte per la concessione, caso per caso, del beneficio della restituzione in intero, sicchè sarebbe affidato al prudente apprezzamento del giudice, appunto caso per caso, il concederla. Contro tale impostazione sta non soltanto la costante giurisprudenza del Consiglio Grande e Generale, che assume la forza della consuetudine giudiziaria, ma la lettera stessa delle norme che ne costituiscono il fondamento. Invero l'autentico senso di D. 4, 1, 1 e di D. 4, 1, 7, che specificatamente fanno riferimento all'*aequitas*, come al criterio che deve sovrintendere all'applicazione dell'istituto della *restitutio* si ricava da una lettura integrale e sistematica di tutti i testi normativi rilevanti: il rilievo di D. 4, 1, 7 *pr.*, nel caso in specie, può essere singolarmente perspicuo non solo appunto per il riferimento all'*aequitas*, ma anche perchè tale norma fa puntuale riferimento ad episodi processuali, per di più connotati di *solemnitas*, quali sicuramente sono quelli relativi ai termini di decadenza. La norma sembra avere una chiarezza che non consente dubbi: <<*Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subueniendum est*>>; la sua portata potrebbe assumere una ampiezza tale da consentire la rescissione di qualsiasi decisione in nome dell'*aequitas*. Tuttavia la chiave interpretativa di questo passo del Digesto è contenuta nel paragrafo che segue (D. 4, 1, 7, 1) che nel ribadire i concetti sopra espressi e nell'affidarsi alla saggezza del giudice delimita lo spettro applicativo della concessione della *restitutio*: <<*deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab aduersario interuenerit, succurri oportebit*>>. Peraltro, già in D. 4, 1, 7 *pr.* il legislatore aveva fatto riferimento al fattore della *culpa*: <<*existimari potest non sua culpa*>>. **Risulta così ben delineata la disciplina della *restitutio*: mentre, da un canto, essa realizza un istituto che nell'*aequitas* trova una sua ragion d'essere, d'altro canto la sua applicazione è subordinata ad una prima condizione, che la parte che la richiede versi o sia incorsa in una posizione ingannevole, errata, ma anche ad una seconda condizione, ossia che tale situazione soggettiva di errore si sia generata nel soggetto che si ritiene leso, *sine culpa sua*, anche se essa sia stata determinata da un comportamento fraudolento della controparte (<<*etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab aduersario interuenerit*>>).** Lo stato di incolpevolezza può essere validamente tradotto in uno stato di invincibile ignoranza per oggettiva impossibilità a conoscere fatti rilevanti, sia questa o meno determinata dal contegno fraudolento dell'avversario. Se ne deve concludere, anche per questo profilo, che il numero delle cause di *restitutio* non è aperto e la sua consistenza non è lasciata all'apprezzamento del giudice condotto attraverso il filtro dell'*aequitas*, questa essendo rilevante soltanto al livello del legislatore che, appunto, in virtù dell'*aequitas* ha introdotto l'istituto, disciplinandolo partitamente.

Né si può condividere la conclusione cui perviene la sentenza di primo grado, sulla base di una affrettata lettura di D. 4, 6, 1: le parole *item si qua alia mihi iusta causa esse*

*uidebitur, in integrum restituum*, non costituiscono affatto il fondamento del potere del giudice di concedere il beneficio della *restitutio in integrum* ogni qual volta gli appaia giusto: **la iusta causa in tanto è tale in quanto è prevista dallo ius civile e dunque è esattamente l'opposto di ciò che possa risultare da un equo apprezzamento del giudicante**. Invero, perché si possa dare restituzione in intero occorre che il giudice accerti l'esistenza di una *causa restitutionis* che sia *iusta* ossia conforme a *ius* e sono tali quelle e solo quelle espressamente enumerate dalla legge. La funzione dell'espressione di D. 4, 6, 1 è quella di superare l'enumerazione delle *causae* che precedono e di rinviare ad ogni altra *causa* prevista dalla legge. In altre parole, per *causae restitutionis* in questo contesto si deve intendere il complesso di figure e di situazioni che abbiano subito lesione, in quanto siano previste e tutelate dalla legge; e infatti, il medesimo contesto, immediatamente, soggiunge: <<*quod eius per leges, plebis scita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit*>>, con collegamento funzionale di natura finale affidato al <<*quod*>>. Se, infatti, la norma evocata dalla sentenza di primo grado la si legge non estraendola dal contesto, ma ricollocandovela e inoltre tenendo conto che esistono le disposizioni sopra citate di D. 4, 1, e in particolare di D. 4, 1, 7 considerato nel suo complesso, si vede come la tassatività accertata e dichiarata dalla costante giurisprudenza in materia costituisca un limite invalicabile per l'applicazione del beneficio della restituzione in intero nell'ordinamento di diritto comune e dunque di diritto sammarinese.

La tassatività delle *legitimae causae* di restituzione in intero, del resto, è riaffermata con la citata recente pronuncia del Consiglio Grande e Generale del 6 settembre 1990 (*Giurisp. Samm.* 1981-1990, n.5, cit. p.101-104), che riassume le *iustae causae*, sicchè si deve ritenere ammessa la *restitutio in integrum* nei confronti della parte soccombente in un procedimento concluso con sentenza passata in giudicato, quando essa parte non poté validamente difendersi o perché assente per causa di forza maggiore, o soggetta a tutela od a curatela o comunque all'amministrazione di altro soggetto; o per invincibile ignoranza di fatti rilevanti per la lite, per l'obiettivo impossibilità di conoscerli.

3. Ne consegue che invano viene invocata, a sostegno di parte attrice nella causa *de qua* la figura della restituzione in intero per pervenire alla concessione, nei suoi confronti, di una riapertura del termine di cui all'art.3 della legge 1984/n.33.

Non una delle condizioni che consentono il ricorso a tale mezzo straordinario concorre nella questione qui in esame: non esiste alcuna pronuncia irreformabile che rechi pregiudizio alla parte istante, anzi il rimedio sarebbe applicato proprio al fine di ottenere una pronuncia; la parte attrice non era assente e non versava in alcuna delle cause di forza maggiore che le abbiano impedito, dentro il termine legale di tre mesi dall'entrata in vigore della legge *de qua*, di esercitare i suoi poteri; non versava, infine, in una situazione di invincibile ignoranza di fatti rilevanti per la procedura di naturalizzazione per l'obiettivo impossibilità di conoscerli, al contrario, essa era perfettamente informata dei suoi diritti, tanto che si rivolse all'Ufficiale di Stato Civile per ottenere chiarimenti in proposito.

(omissis)

5. Di conseguenza manca ogni elemento per poter applicare la figura della *restitutio in integrum* al caso *de quo*, sia per carenza dei requisiti soggettivi – stato di errore, stato di errore incolpevole o di invincibile ignoranza per oggettiva impossibilità di conoscere fatti rilevanti per la tutela dei propri interessi – sia di natura oggettiva.

Invero, anche ammesso, ma non concesso, per i motivi fin qui detti, che sia ammissibile il ricorso alla figura della *restitutio in integrum* per concedere, in favore di parte attrice, la riapertura dei termini legali di cui all'art. 3 della legge 1984/n.33, è giurisprudenza consolidata che competente per la concessione del beneficio sia il Consiglio Grande e Generale o al più il Giudice delle Appellazioni o al massimo il Consiglio dei XII, come risulta dalla pronuncia citata dal Consiglio Principe e Sovrano del 27 aprile 1905 (*Giurisp. Samm.*, 1963, pp.174-183): non già dunque il Commissario della Legge. In particolare, trattandosi, nel caso qui in specie, di questione che avrebbe dovuto essere ventilata dinanzi al Consiglio Grande e Generale, sulla richiesta di parte attrice sembrerebbe che avrebbe dovuto pronunciarsi non altri che il medesimo Consiglio, nella sua veste di supremo Magistrato della Repubblica.

A questo si aggiunga che, anche ammesso che nessuno degli argomenti sopra esposti sia applicabile al caso in questione, il decorso di più di quattro anni dalla data di scadenza del termine di cui all'art. 3 della legge 1984/n.33 ha determinato sicuramente lo stato di decadenza per poter ottenere tale beneficio, come risulta dalla decisione del Consiglio Principe e Sovrano ultima citata.

**6. L'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni ha giustamente ritenuto che semmai avrebbe dovuto essere invocato, in favore di parte attrice, non la figura della restituzione in intero, bensì quella della remissione dei termini, che in diritto comune può essere identificata con l'istituto della *dilatio*.**

A questo proposito si deve rilevare come l'Ecc.ma Camera ha sostenuto, nelle proprie memorie, che il termine dell'art. 3 primo comma della legge 1984/n.33 ha qualità di termine perentorio. Per quanto la legge non lo definisca, non c'è dubbio che la sua scadenza, per dettato legislativo, crea una situazione tale da precludere agli interessati l'esercizio del potere loro attribuito dalla legge stessa di presentare la domanda di naturalizzazione. Questa situazione negativa sicuramente costituisce una situazione di decadenza dall'onere potestativo della domanda, al cui esercizio è subordinato il radicamento del procedimento dinanzi al Consiglio Grande e Generale, previa l'istruzione che del procedimento si aveva da parte della speciale Commissione consiliare di cui all'art. 4 della medesima legge.

Non è questo il luogo per accertare la natura di questo procedimento; si deve tuttavia dire che sia che questo procedimento avesse natura giurisdizionale, sia che esso avesse natura amministrativa vincolata, avuto riguardo al fatto che il Consiglio Grande e Generale, in questo specifico caso, esercitava non i poteri originari e discrezionali, ossia gli originari poteri di naturalizzazione quale organo della sovranità, sanciti dalla rubrica 40 del quinto libro delle *Leges statutae* (§ 770), ma gli specifici poteri che la legge 1984/n.33 espressamente gli attribuiva con rigoroso riferimento alle fattispecie prese in esame dalla medesima legge e ivi configurate all'art. 1, nell'un caso e nell'altro il medesimo Consiglio Grande e Generale ne era l'esclusivo *dominus* e, in quanto tale, assolveva o alle funzioni proprie del giudice ovvero a funzioni analoghe, ma tali da poterlo ricondurre, ai fini di quel che qui si viene dicendo, alla figura del giudicante in quanto regolatore del procedimento che dinanzi a sé si celebrava.

Invero, proprio in relazione ad un procedimento, qual è quello qui sommariamente lumeggiato, può ben darsi che un soggetto interessato, per suo errore incolpevole, ovvero per il verificarsi di alcune circostanze ostative a lui non imputabili, possa far decorrere inutilmente un termine entro il quale esso soggetto avrebbe dovuto esperire una certa attività. Tali fattispecie sono disciplinate da D. 2, 12, 7 nonché da C. 3, 11, 1.



Quest'ultimo testo, in particolare, sancisce: <<*Quoniam plerumque euenit, ut iudex, instrumentorum uel personarum gratia, dilationem dare rerum necessitate cogatur, spatium instructionis exhibendae postulatam dari conueniet*>>. **Donde si evince come la dilatio possa essere ammessa rerum necessitate, vale a dire sotto l'urgenza di situazioni che impongano la medesima dilatio; ma da tale testo si evince anche che la dilatio in tanto è ammissibile in quanto sia funzionale allo svolgimento dell'istruzione del procedimento, vale a dire sia necessaria per l'esibizione di prove o di documenti rilevanti per il procedimento.**

**Ne deriva che in tanto un soggetto può essere rimesso in termini in quanto esista e si sia instaurato un procedimento.** Il che trova perfetto riscontro in D. 2, 12, 7 che circoscrive la concessione del beneficio ai casi in cui una situazione procedurale si sia già radicata, vale a dire, per usare la terminologia specifica, *causa cognita*: <<*sed utilitatis litigantium gratia, causa cognita et iterum dilatio tam ex eadem quam ex alia provincia secundum moderamen locorum impertiri solet*>>.

**Inoltre dalle disposizioni appena riportate risulta come la dilatio sia ammessa in relazione alla difficoltà incolpevole di una parte a procurarsi quella documentazione di cui ha bisogno per l'istruzione del procedimento, maxime si aliquid inopinatum emergat.**

Sulla base di questi presupposti normativi la giurisprudenza di diritto comune ha elaborato la dottrina delle *dilationes arbitrarie* che sono quelle *quas iudex ex uariis causis pro arbitrio concedit*, secondo quanto espone Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. II, tit. XII, n.11, contrapponendole alle *dilationes legitimaе*, ossia a quelle stabilite dalla legge. A tal proposito il medesimo Voet, *ibidem*, n.12, riferisce come *et legitimas [dilationes] a iudice prorogari, quoties uel necessitas uel summa aequitas ex uariis causis id suaserit, rationis est*; sicchè è ammesso che un termine legale, per sua natura perentorio, sia prolungato dal giudice che *ex bono et aequo extimare debet*.

Da tutto ciò risulta che parte attrice ben avrebbe potuto invocare nei propri confronti una riapertura del termine, affidandosi all'apprezzamento del giudice, che nella procedura di naturalizzazione, almeno per via analogica, deve essere identificato nello stesso Consiglio Grande e Generale, quale titolare unico ed esclusivo del potere di concessione della cittadinanza per naturalizzazione purchè in primo luogo essa parte attrice avesse presentato la domanda nel termine, ancorchè non fosse stata in grado di esibire un'idonea documentazione per oggettive difficoltà. Giammai essa può invocarlo trascorsi più di quattro anni e mezzo dalla data di scadenza del termine legale.

7. Il potere dell'Autorità giudiziaria ordinaria di rimettere nei termini un soggetto che sia incorso in una causa di impedimento a far valere propri diritti, il cui esercizio sia condizionato allo svolgimento di un procedimento, l'inizio del quale sia subordinato ad un atto di richiesta dell'interessato da esperirsi entro un termine di decadenza è stato affermato da alcune pronunce: cf. la sentenza commissariale del 9 aprile 1956 in causa n.312 del 1952 (Società anonima incremento turistico alberghiero sammarinese c. Fabbrica riparazione vagoni e tramvai, in *Giurisp. Samm. a.* 1963, dec. di I grado n.378, p.374s.), alcune delle quali proprio in tema di cittadinanza, con specifico riferimento all'istituto della *restitutio in integrum*: cf. la sentenza del Commissario della Legge del 1° dicembre 1982 in causa n.457 del 1981 (Ceccaroli c. Ecc.ma Camera, in *Giurisp. Samm. aa.* 1981-1990, dec. di I grado, n.21, p.939ss., in part. p.940); la sentenza commissariale del 7 novembre 1985 in causa n.9 del 1985 (Corinaldi c. Ecc.ma Camera, in *Giurisp. Samm. aa.* 1981-1990, dec. di I grado n.75, p.1084ss. in part. p.1091).

In primo luogo va affermato che tali pronunce non possono costituire precedenti in materia in quanto tutte pronunce di specie, ossia strettamente connesse alle singole specifiche situazioni dedotte nelle relative cause.

Tuttavia da tali pronunce si potrebbe ricavare la conclusione, secondo la quale, non si tratterebbe di applicare la procedura propria della restituzione in intero nella casistica della remissione nei termini, bensì si tratterebbe di utilizzare la disciplina sostanziale di un rimedio straordinario di ricostituzione integrale della situazione giuridica di un soggetto, che si sia trovato nell'impossibilità di esercitare un proprio diritto perché impedito, senza averne colpa, da eventi analoghi a quelli che consentono la rescissione di una sentenza passata in giudicato.

Questa tesi, tuttavia non può essere condivisa e anzi va respinta con grande vigore, avuto riguardo alla già sopra affermata straordinarietà dell'istituto di *restitutio*, che, proprio perché straordinario, e dunque *specialis* non può essere preso a paradigma per un'applicazione estensiva o addirittura analogica; ciò violerebbe notissimi e basilari principi, sanciti in modo decisivo e che non ammette eccezioni, dal canone normativo di D. 1, 3, 14: <<*Quod uero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*>> e di D. 1, 3, 16: <<*Ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*>>. Non c'è dubbio che costituisca un mezzo *contra iuris rationem* quello che permette di rescindere una situazione giuridica stabile per sentenza passata in giudicato o, come nel caso in specie, per un decorso dei termini di una legge dello Stato. La straordinarietà dello strumento, ammesso dall'ordinamento per l'utilità di soggetti determinati che si trovino in situazioni tassativamente altrettanto determinate, impedisce che possa essere applicato per interpretazione estensiva per sovvenire a situazioni che esulano dalla disciplina specifica di tale strumento.

In ogni caso, la giurisprudenza commissariale sopra evocata è tutt'altro che costante, ma registra voci autorevolmente e, per quanto si è dimostrato fin qui, fondatamente contrastanti, qual è quella della sentenza del 16 ottobre 1991 in causa n.286 del 1990 (Battistini c. Ecc.ma Camera) proprio in tema di decorso di un termine perentorio in relazione all'applicazione della legge 24 marzo 1984 n.32 sulla cittadinanza, che ha negato recisamente la competenza del Tribunale Commissariale in tema di concessione di *restitutio in integrum*.

8. Pervenuti a questo risultato, dovrebbe essere inutile l'ulteriore esame della questione, che, in quanto esame del merito della domanda di naturalizzazione per riconoscimento dei requisiti di cui alla legge 1984/n.33 rimane assorbita nella decisione negativa sulla ammissibilità della riapertura dei termini di quella legge nei confronti dei signori Baldacci e Guidi.

Inoltre è mia convinzione che, se pure si fosse pervenuti al riconoscimento del diritto di parte attrice ad essere rimessa nei termini della legge *de qua*, in ogni caso essa parte sarebbe dovuta esser rinviata al Consiglio Grande e Generale, cui la legge attribuisce il potere esclusivo di decidere sulla domanda di riconoscimento della cittadinanza per naturalizzazione, ai sensi dell'art. 5 della legge 1984 n.33.

Tuttavia, poiché su tal punto si è pronunciato il Giudice del riesame, che tuttavia è pervenuto alla medesima conclusione cui qui si è pervenuti, sembra utile affrontare la questione affermando che anche su questo specifico punto di merito la sentenza di appello deve essere integralmente confermata.

Invero, la legge 1984/n.33 stabiliva, al suo articolo 1, comma 2, che la cittadinanza per naturalizzazione era concessa allo straniero *<<che ha dimorato effettivamente e per almeno 30 anni, anche se non continuativi, nel territorio della Repubblica>>*.

Tenendo fermo tale termine di trenta anni e tenendo fermo il fatto che la legge è stata deliberata il 27 marzo 1984 – e pubblicata il successivo 29 marzo – si deve ritenere che la dimostrazione dell'effettiva dimora avrebbe dovuto decorrere almeno dal marzo o al più dal 13 aprile 1954, considerato che la data dell'entrata in vigore della medesima legge è stato appunto il 13 aprile 1984.

Orbene, in primo luogo si deve rilevare come sia censurabile l'ammissione della prova testimoniale per la dimostrazione di un fatto – vale a dire la dimora per trenta anni anche se non continuativi – che la legge statuisce debba essere data per iscritto e in particolare per mezzo di certificazione che deve risultare da documenti provenienti da pubblici uffici. Dinanzi a tale precisa disposizione di legge, contenuta nel comma 4 del citato art. 1 l. 1984/n.33 ogni altro mezzo di prova deve ritenersi escluso, anche dinanzi al giudice ordinario, ammesso, e non concesso, che questi abbia giurisdizione in materia, prima che su di una specifica domanda si sia pronunciato il Consiglio Grande e Generale. Ammettere, come è stata ammessa, la prova testimoniale da parte del Giudice di primo grado si risolve in una violazione del preciso disposto legislativo e non vale in proposito la circostanza della sostanziale acquiescenza, su tale punto di diritto, di parte convenuta, la quale si è limitata ad eccepire l'ininfluenza delle prove. La norma del quarto comma del citato art. 1 è una norma evidentemente imperativa e quindi non derogabile dalle parti.

Rilevato ciò in via pregiudiziale, si deve pur dire nel merito che un attento esame delle testimonianze indotte da parte attrice, sia prese da sole, sia comparandole reciprocamente, dimostra che la prova della dimora per trenta anni complessivi, anche se non continuativi, non è stata data.

Invero, alcune testimonianze fanno decorrere la presenza del sig. Marino Baldacci dal 1953 (testi Ceccoli e Cenci), e il teste Massari dal 1953-54; altre parlano di una presenza in San Marino del sig. Marino Baldacci a partire dal 1956-57 (testi De Luca e Barulli nonché teste Vannucci, ma dal 1956). Ebbene, queste ultime ci dicono che il Baldacci svolgeva attività di lavoratore stagionale e dunque la sua presenza in San Marino non era costante, bensì saltuaria: come può, dunque, il sig. Baldacci totalizzare trenta anni, sia pure discontinui, di dimora in San Marino se la sua presenza è accertata per un arco temporale non superiore a trenta-trentuno anni? Inoltre, la zia del medesimo Baldacci, signora Ada Ceccoli, che pure ha deposto per la dimora del nipote nella propria casa in Chiesanuova dal 1953, dichiara: *<<In seguito ritengo che Baldacci abitasse a Valle Sant'Anastasio>>*, vale a dire nel territorio della Repubblica italiana, interrompendo, per un periodo indeterminato, la propria dimora a San Marino. La testimonianza della signora Ceccoli è coerente con quella della signora Anna Cenci, che dichiara che dal 1953, per due anni, l'attore lavorò nella falegnameria del marito e che durante quel periodo egli le aveva detto di abitare presso la zia, appunto, la signora Ceccoli. Ma nulla sappiamo degli anni successivi, come dimostra anche la deposizione del sig. Antonio Massari. In altri termini, se, sulla base della deposizione della signora Cenci, sappiamo che nel biennio 1953-54, e ciò è conforme alle altre deposizioni, il Baldacci lavorò e presumibilmente dimorò in San Marino, per il 1955 nulla sappiamo, mentre dal 1956 la presenza del Baldacci è data come saltuaria sia dal punto di vista lavorativo, sia da quello della dimora. In particolare il teste sig. De Luca può dar ragione del biennio 1956-

57 per il solo aspetto del lavoro, ma nulla dice circa la dimora; il teste sig. Bucci riferisce di aver avuto il sig. Baldacci come cameriere dal 1960; la sua personale convinzione che questi fosse sammarinese non costituisce alcun elemento di prova in ordine al punto della dimora; il teste sig. Barulli depone in modo circoscritto al periodo 1956-57 e in modo generico sugli anni successivi; altrettanto generica e indeterminata è la sua affermazione, secondo la quale <<*Baldacci abitava in casa degli zii in Fiorentino*>>; quest'ultimo elemento, tuttavia, sarebbe confermato dal teste sig. Vannucci, ma con altrettanta indeterminazione: <<*Nei primi tempi il Baldacci alloggiava in Fiorentino e successivamente prese una camera in affitto nei pressi del "Nido del Falco"*>>. Non più preciso si è dimostrato il teste sig. Giusti.

Ne consegue che la prova testimoniale così variamente escussa in violazione del citato quarto comma dell'art. 1 della legge 1984 n.33 e dunque in quanto tale priva di rilevanza giuridica, anche se avesse potuto essere ammessa non permette di pervenire ad una conclusione positiva, certa e univoca in ordine alla dimora per trenta anni anche non continuativi sul territorio della Repubblica: i trenta anni, appunto, non si richiedeva dalla legge che fossero continuativi, ma anche se saltuari, complessivamente trenta – ossia sommando i vari periodi di effettiva dimora sul territorio della Repubblica – avrebbero dovuto essere e di ciò non è stata data prova.

Viceversa, una nota informativa del Corpo della Gendarmeria del 14 novembre 1988 allegata in atti attesta che dal 30 ottobre 1963 al 17 luglio 1964 il sig. Marino Baldacci avrebbe risieduto a Montegrimano (prov. di Pesaro), località Valle S. Anastasio, mentre la medesima nota attesta il soggiorno stabile del medesimo sig. Baldacci a San Marino dal 1° marzo del 1959. Come si vede, anche nell'ipotesi più favorevole, la saltuarietà dei periodi di dimora in San Marino da parte del sig. Baldacci dal 1953 al 1959 e la lacuna di otto mesi e sedici giorni tra il 1963 e il 1964 impedisce il raggiungimento di un totale di trenta anni a decorrere dal 1953, anno in cui la presenza dell'attore in San Marino riceve una qualche attestazione.

## 7.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Avv. Umberto Santarelli), 24 gennaio 1995, delibera n. 4.

Barbieri Aldo e altri (Avv. M. Nicolini) : Mularoni Giorgio ed altri (Avv.ti G.L. Berti e G.L. Franciosi) – Causa n. 342, anno 1981.

### **Contratto – Inadempimento – Dolo – Ricorso all'equità.**

*La qualità affermata della cosa venduta è essenziale allorché si possa ritenere che il contratto non sarebbe stato stipulato se la qualità stessa non fosse stata presente nella cosa oggetto di trasferimento.*

*Il dolo ricorre, ed è "dolus in re ipsa", quando è insito in modo inestricabile nello stesso oggetto del contratto.*

*Se il dolo incidente ha dato luogo ad una "deceptio quae non possit tolerari aequitate pacti", occorre restituire al rapporto l'equità, che gli fu sottratta dal comportamento doloso della parte venditrice.*

**SENTENZA CONFORME:** decisione di primo grado del 15 settembre 1986<sup>18</sup>.

**SENTENZA NON CONFORME:** decisione di secondo grado del 19 ottobre 1993<sup>19</sup>.

---

### FATTO

Con atto del 5 agosto 1981, depositato in Cancelleria lo stesso giorno, il signor Secondo Enzo Mularoni citava dinanzi al Tribunale Commissariale di questa Repubblica i Signori Aldo e Paolo Barbieri chiedendone la condanna al pagamento della somma di lire 34.000.000 di cui si affermava creditore in forza d'una ricognizione di debito avente scadenza al 30 giugno 1980, che l'Attore assumeva inadempita non ostante un sollecito da lui fatto ai Convenuti in data 16 giugno 1981.

Si costituivano in giudizio i Convenuti Aldo del fu Argio e Paolo di Aldo Barbieri insieme al signor Aldo di Aldo Barbieri, tutti riconoscendosi debitori dell'Attore per somma addirittura superiore a quella domandata in citazione (36.843.000 in luogo di 34.000.000) che si dichiaravano disposti a versare immediatamente presso un Istituto di credito; domandavano però che detta somma venisse sottoposta a sequestro conservativo a parziale garanzia dell'adempimento d'un loro asserito maggior credito. Narravano i convenuti d'aver acquistato dal Mularoni un terreno dichiarato fabbricativo allo scopo (anch'esso dichiarato e perciò cognito alla parte venditrice) di costruirvi la propria abitazione, ma di aver poi constatato la mancanza in detto terreno della qualità essenziale richiesta e di non aver perciò potuto ottenere la licenza di costruzione richiesta. Assumevano i convenuti – attori in riconvenzione – e l'intervenuto volontario Aldo Barbieri che il terreno venduto non aveva la qualità richiesta per fatto dello stesso venditore, e nel contempo lamentavano di aver subito gravi danni da questo comportamento della controparte, danni dei quali domandavano il risarcimento.

Con la costituzione in giudizio dei Signori Barbieri la materia del contendere veniva perciò a mutare radicalmente, giacché il fondamento della domanda del Signor Mularoni appariva pacifico e non controverso (anzi, i Barbieri riconoscevano al Mularoni un credito addirittura superiore a quello da lui stesso vantato nell'atto di citazione), mentre il giudizio doveva seguire per accertare i fatti posti dai Signori Barbieri a fondamento della loro pretesa fatta valere come domanda che appariva essere riconvenzionale per i due convenuti e del tutto autonoma per quanto attiene al Signor Aldo Barbieri.

Il Commissario della Legge disponeva l'immediato deposito presso la Cassa di Risparmio di San Marino della somma di lire 36.843.000, che i Barbieri avevano versato in Cancelleria all'atto della loro costituzione in giudizio, autorizzando sulla stessa il sequestro conservativo a rischio e pericolo degli istanti, così come autorizzava la citazione in riconvenzione operata dai Signori Barbieri.

La causa veniva istruita limitatamente alla domanda riconvenzionale, mediante la produzione di documenti, l'audizione di testimoni, la nomina d'un perito giudiziale in persona dell'ing. Marino Grandoni.

---

<sup>18</sup> Edita in *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-90, pag. 1135 s..

<sup>19</sup> Vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 25.

Con sentenza pronunciata e pubblicata in data 15 settembre 1986 il Commissario della Legge dr. Francesco Viroli decideva come segue: *“respinge l’istanza avanzata in data 5 agosto 1981 dal sig. Mularoni Secondo Enzo fu Filippo nei confronti di Barbieri Aldo fu Argio e Barbieri Paolo di Aldo; accoglie in quanto giuridicamente fondata l’istanza avanzata in data 10 settembre 1981 dai signori Barbieri Aldo fu Argio, Barbieri Paolo di Aldo, Barbieri Aldo di Aldo nei confronti di Mularoni Secondo Enzo fu Filippo, Mularoni Giorgio di Antonio, Mularoni Antonio fu Secondo; condanna conseguentemente Mularoni Secondo Enzo, Mularoni Giorgio, Mularoni Antonio al pagamento in solido in favore di Barbieri Aldo fu Argio, Barbieri Paolo di Aldo, Barbieri Aldo di Aldo della somma di lire 105.864.316 per le causali di cui alla parte motiva; con gl’interessi legali alla ragione del sette per cento dal 10 settembre 1981 al saldo; revoca il sequestro conservativo eseguito dall’Ufficio cursorile in data 14 gennaio 1982 sulla somma di lire 36.843.000 contenuta nel libretto bancario emesso dalla Cassa di Risparmio di San Marino in data 11 settembre 1981 con il n.0.38.15.J; autorizza la Cancelleria di rilasciare la predetta somma e gli interessi maturati ai Barbieri o al loro procuratore dietro ricevuta; condanna Mularoni Secondo, Mularoni Giorgio, Mularoni Antonio al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio che si liquidano nella complessiva somma di lire 3.550.000 fino alla presente sentenza salve le successive occorrendo”*.

Con dichiarazione resa in Cancelleria in data 18 settembre 1986 i soccombenti interponevano appello avverso la sentenza del Commissario della Legge, il quale con provvedimento in pari data ammetteva l’appello *“se et in quanto”*.

Con successivo atto depositato in Cancelleria in data 25 settembre 1986 i Signori Secondo Enzo Mularoni e Giorgio Mularoni (quest’ultimo anche nella sua qualità di erede universale di Antonio Mularoni deceduto nelle more del giudizio) formulavano compiutamente le loro istanze delle quali chiedevano l’accoglimento da parte di S.S. il Giudice delle Appellazioni civili. Gli appellati si costituivano nel giudizio di appello senza proporre specifiche istanze, e la causa veniva istruita mediante l’audizione di testimoni, finché, depositate dalle Parti le rispettive memorie conclusionali, si procedeva alla irrotulazione della causa all’udienza dell’8 di giugno del 1989 ed il giorno seguente il Commissario della Legge disponeva la trasmissione degli atti a S.S. il Giudice delle Appellazioni civili *“per la sentenza che sarà di ragione”*.

Con sentenza del 19 ottobre 1993, depositata in Cancelleria il 3 novembre 1993 e pubblicata avanti all’Eccellentissima Reggenza in data 3 dicembre 1993, S.S. il Giudice delle Appellazioni civili, in accoglimento dell’appello interposto dai Signori Secondo Enzo Mularoni e Giorgio Mularoni, disponeva quanto segue: *“accoglie l’appello interposto dai signori Mularoni; in riforma dell’impugnata sentenza dichiara che i venditori Mularoni in nulla sono tenuti a risarcire danni nei confronti degli appellati signori Barbieri; condanna gli appellati signori Barbieri al pagamento di lire 34.000.000 a favore dei signori Mularoni, aumentando tale importo degli interessi al tasso legale dal giorno della scadenza della obbligazione relativa, 30 giugno 1980, al giorno del pagamento; condanna gli appellati signori Barbieri al pagamento di spese e onorari di entrambi i gradi del giudizio; conferma la revoca del sequestro conservativo già disposta in sentenza di primo grado, e la consegna ai signori Barbieri della somma sequestrata con le condizioni previste dalla citata sentenza”*.

Con atto depositato in Cancelleria il 7 febbraio 1994 i Signori Paolo Barbieri fu Aldo e Aldo Barbieri fu Aldo, già parti nel giudizio, nonché gli eredi di Aldo Barbieri fu Argio

– deceduto in corso di causa il 30 ottobre 1988 – Signori Pietro, Aldo e Paolo Barbieri e Ines Sensoli ved. Barbieri proponevano ricorso in terza istanza dinanzi a codesto Eccellentissimo Consiglio dei XII nei confronti del Signor Giorgio Mularoni già parte nel giudizio, nonché gli eredi del Signor Secondo Enzo Mularoni – deceduto in corso di causa il 30 agosto 1992 – Signori Enzo Donald Mularoni, Jeannette Mularoni e Edda Mularoni ved. Mularoni.

Nel ricorso si chiede la dichiarazione della nullità della sentenza di secondo grado e comunque la conferma integrale della sentenza di primo grado.

In data 28 aprile 1994 veniva depositata la memoria per i Signori Mularoni, in data 12 maggio quella per i Signori Barbieri; in data 9 giugno 1994 l'Eccellentissimo Consiglio dei XII nominava il sottoscritto consulente.

Motivi della decisione

Questione di nullità della sentenza di appello.

I Ricorrenti eccepiscono la nullità della sentenza di appello, e la questione deve esser trattata per prima essendo tale da poter decidere l'intero giudizio, giacchè, se la nullità venisse accertata, la causa dovrebbe esser rimessa ad altro Giudice per la decisione del grado di appello. Il motivo addotto a sostegno della richiesta di dichiarazione di nullità è costituito dal tempo trascorso dalla irrotulazione della causa alla pronunzia della sentenza: dall'8 giugno 1989 al 19 ottobre 1993, e cioè quattro anni quattro mesi e undici giorni. Preliminarmente il sottoscritto consulente rileva quanto penoso gli sia discutere questo problema processuale – i cui termini di fatto non possono certamente esser taciuti né edulcorati – così poco tempo dalla scomparsa del prof. Corrado Pecorella, collega caro ed autorevole di chi scrive queste pagine. Il problema, tuttavia, appare di agevole soluzione. Sostiene la Difesa dei ricorrenti essere norma vigente dell'ordinamento giuridico sammarinese che il giudice d'appello non possa pronunciare la propria sentenza decorso il termine di sessanta giorni continui dall'irrotulazione della causa salvo che non abbia chiesto una proroga del termine all'Eccellentissimo Consiglio dei XII, giacchè dopo scaduto il termine suddetto al giudice farebbe difetto addirittura la giurisdizione, sicchè – parrebbe di capire – venuto meno il potere dell'organo giudicante più che di nullità si dovrebbe parlare di inesistenza del provvedimento decisorio. Questa tesi viene sostenuta adducendo solamente l'*auctoritas* di Torquato Carlo Giannini e del suo pur lodatissimo *Sommario di procedura giudiziale civile sammarinese*. Ma non viene addotto a sostegno della tesi della nullità della sentenza un solo precedente giurisprudenziale, peraltro – notizia di chi scrive – inesistente. E correttamente la Difesa dei Signori Mularoni ricorda la rub. VIII del IV libro delle *Leges Statutae*, dove – per il caso di dilazione nella pronuncia della sentenza d'appello – si irroga al giudice una sanzione pecuniaria ma non si accenna ad alcuna nullità della sentenza. Né si può dimenticare che la sanzione della nullità è tale, che solo una norma giuridica (statutaria o di *ius commune*) può validamente comminarla. Nel caso di specie, poi, non è da dimenticare che proprio la rub. VIII del IV libro, dopo aver stabilito la sanzione a carico del giudice d'appello che differisca la pronunzia della sentenza, aggiunge: “*et hoc non vindicet sibi locum, si Iudices fuerint impediti propter [...] infirmitatem vel aliud iustum impedimentum*”. Ora, anche se il termine intercorso nel nostro caso tra irrotulazione della causa e deposito della sentenza in Cancelleria è stato certamente molto lungo (e si è forse verificato un caso tipico di *iustitia delata iustitia denegata*), non può escludersi, da chi conosca la situazione di fatto, la sussistenza della giustificazione dell'*infirmitas*. Fermo, in ogni caso, restando che la sanzione della nullità

della sentenza pronunciata tardivamente non risulta prevista da nessuna norma né di *ius proprium* né di *ius commune* né può trovare riscontro nella giurisprudenza sammarinese. Del *Sommario* del Giannini – a parte le definizioni che di questo fortunatissimo autore si possono esser date in chiave manifestamente retorica – si può solamente dire che si tratta d'un manuale assai stimato nel foro sammarinese, ma da questa constatazione non può di certo trarsi la conclusione che si tratti addirittura d'una fonte di cognizione del diritto vigente a San Marino. L'eccezione di nullità – la cui proposizione può esser comprensibile come reazione irata ad una sostanziale *denegatio iustitiae* – deve perciò esser respinta.

I fatti accertati e rilevanti.

L'istruzione probatoria svolta sia in primo che in secondo grado non sempre si è attenuta a criteri di stretta necessità. Spesso le testimonianze hanno riguardato fatti irrilevanti rispetto alla materia del contendere, e talvolta i testimoni – anche per suggestione delle domande che venivano poste – invece di riferire fatti che non spettava a loro di interpretare, hanno espresso in modo affatto indebito giudizi ed opinioni personali o hanno tratto illazioni che solo il giudice può avere il potere di trarre come *praesumptiones hominis* per risalire in modo prudente e conveniente dai fatti noti a quelli ignorati e rilevanti.

Alcuni fatti sono, tuttavia, certi e possono essere assunti a fondamento della decisione. Certamente, quando il terreno fu venduto non era edificabile per ben oltre la metà della sua estensione; certamente il venditore era a conoscenza di questo fatto, avendo lui stesso predisposto la lottizzazione di cui il terreno faceva parte; certamente sia nel contratto preliminare che in quello definitivo il terreno era esplicitamente definito edificabile, ed è ovvio che non si trattava della mera edificabilità di fatto (del tutto irrilevante da quando esistono gli strumenti urbanistici predisposti dalla pubblica autorità) ma di quella di diritto, della liceità – cioè – di costruire sul terreno medesimo una casa di civile abitazione; certamente la edificabilità, che successivamente il terreno ha acquisito, è dipesa dall'entrata in vigore – con la legge 27 marzo 1981 n.26 – di norme che hanno consentito l'edificazione di un immobile di mole inferiore rispetto a quello che era stato dapprima progettato, in un tempo assai successivo e a costi superiori rispetto a quelli che si sarebbero incontrati se la costruzione si fosse potuta realizzare subito dopo il rogito di compravendita. Vero è anche che tra il contratto preliminare e quello definitivo il venditore dette tempo all'acquirente per verificare lo stato di edificabilità del terreno oggetto di trasferimento: ma la circostanza appare assolutamente irrilevante, perché di questa indagine il venditore conosceva perfettamente il risultato, a meno che l'acquirente (come di fatto avvenne, per ragioni che non è facile spiegare sulla base delle testimonianze acquisite) non commettesse un errore ed accertasse il falso. Insomma, il venditore sapeva – avendo lui stesso stipulato la lottizzazione – che il terreno venduto non era edificabile, ma tale lo dichiarava sia nel contratto preliminare che in quello definitivo, lasciando alla controparte tempo per indagini che solo a prezzo di un errore avrebbero potuto dare l'esito che poi di fatto sortirono; in altri termini, il venditore dichiarò (anche se esplicitamente non garantì) che il terreno era edificabile sapendo non vera la circostanza e dette tempo al compratore per accertamenti che evidentemente (e, bisogna aggiungere, esattamente) prevede erronei. In ultimo le relazioni peritali e la testimonianza successivamente resa a chiarimento dall'ing. Marino Grandoni hanno precisato la misura del danno sofferto dai Signori Barbieri in conseguenza del fatto che il terreno da essi acquistato non era edificabile nei termini da



loro previsti sulla base delle dichiarazioni rese in sede di stipulazione dei contratti (preliminare e definitivo) dalla parte venditrice. Le valutazioni fatte dal Perito appaiono invero attentamente documentate e adeguatamente argomentate, e possono esser senz'altro assunte quale canone di valutazione perfettamente affidabile. E' inoltre da tener presente la recente giurisprudenza di questo Eccellentissimo Consiglio, il quale ha ritenuto che *“è estranea all'esperienza di diritto comune la massima valida in diritto italiano iudex peritus peritorum. Il referto del perito d'ufficio è per principio di diritto comune e per disposto delle Leges Statutae vincolante per il giudice sul punto tecnico che è sottoposto alla sua consulenza”* (Cons. dei XII, 8 nov. 1988, *Giur. Samm.*, 1980-1990, 37ss., partic. pp.424ss.).

## DIRITTO

1. QUESTIONI NON CONTROVERSE. Non può più discutersi in questa sede circa l'obbligazione dei Signori Barbieri di corrispondere alla controparte il saldo del prezzo, la quale formava l'oggetto originario della presente causa. Fin dalla costituzione nel giudizio di primo grado, infatti, gli originari convenuti, non solo riconobbero il loro debito, ma addirittura affermarono che il suo importo era superiore rispetto a quello fatto valere dall'attore (non 34.000.000, riconobbero, ma 36.843.000) e provvidero a fare offerta reale di quanto dovuto depositandolo in Cancelleria a disposizione di Giustizia, anche se contestualmente chiesero che la somma da loro depositata venisse sottoposta a sequestro conservativo a garanzia del loro maggiore affermato credito del quale contemporaneamente domandarono l'accertamento giudiziale. Da quel momento – e si era appena agli inizi di questa non brevissima controversia – cessava la materia del contendere in ordine alla domanda proposta dai Signori Mularoni contro i Signori Barbieri, sulla quale infatti non fu fatta alcuna attività istruttoria. Appare pertanto censurabile la sentenza di primo grado quando al primo capo del dispositivo *“respinge l'istanza avanzata in data 5 agosto 1981 dal signor Mularoni nei confronti di Barbieri Aldo e Barbieri Paolo”*. Tanto più che poi, negli altri capi, la stessa sentenza tiene conto dell'obbligazione dei Barbieri da loro stessi riconosciuta, quando – dopo aver accertato il danno risarcibile in lire 142.707.316 – condanna il Mularoni a corrispondere ai Barbieri lire 105.864.316 operando la compensazione parziale col credito del Mularoni nei confronti dei Barbieri, pari a lire 36.843.000. Se, infatti, la domanda del Mularoni fosse stata respinta, la somma di lire 36.843.000 avrebbe dovuto esser restituita a chi l'aveva versata perché non dovuta e i Mularoni avrebbero dovuto esser condannati a risarcire tutto il danno nella misura di lire 142.707.316. Il Giudice delle Appellazioni, invece, ha commesso un altro errore, condannando i Barbieri al pagamento della somma di 34.000.000 originariamente richiesta dai Mularoni senza tener conto del riconoscimento di maggior debito fatto dai Barbieri al momento della costituzione in giudizio. Correttamente, invece, si dovrà riconoscere cessata la materia del contendere in ordine alla domanda originariamente proposta dai Signori Mularoni accertandosi il residuo credito degli stessi Signori Mularoni in lire 36.843.000 conformemente al riconoscimento giudizialmente fatto dai Signori Barbieri.

2. QUALIFICAZIONE DELL'AZIONE. E' controverso quale sia l'azione proposta dai Signori Barbieri con la loro domanda riconvenzionale. Preliminarmente è da notare che di domanda riconvenzionale si tratta e non già di mera eccezione riconvenzionale, giacché la sua proposizione non si limita a paralizzare la pretesa dei primi attori ma

introduce nel giudizio una nuova e più ampia materia del contendere, che trova la sua *causa petendi* nel medesimo rapporto contrattuale ma ha oggetto del tutto diverso (e non solo “quantitativamente” differente) rispetto alla domanda originariamente proposta: questa è una precisazione meramente terminologica, che può non aver alcun rilievo pratico, tanto più se si tien conto delle discussioni a cui da tempo ha dato luogo la distinzione tra domanda riconvenzionale ed eccezione riconvenzionale. In questa sede basterà solo rilevare come, in conseguenza del riconoscimento fatto dai convenuti del loro debito e della proposizione della nuova domanda avente oggetto diverso anche se connesso rispetto alla prima, si è avuto un radicale mutamento della materia del contendere. Tornando alla qualificazione dell’azione, c’è da osservare che la formula adottata dai Signori Barbieri per proporla all’atto della loro costituzione in giudizio non aiuta certo ad una corretta qualificazione, in quanto l’*editio actionis* ha ommesso qualunque qualificazione. Questa omissione tuttavia non esime, com’è ovvio, il giudicante dalla qualificazione dell’azione proposta, tanto più quando, come in questo caso, la controparte contesti il fondamento dell’azione proprio sulla base della sua qualificazione. Nella memoria conclusionale di questo terzo grado, infatti, la Difesa dei Signori Mularoni ha lungamente insistito sul fatto che nella specie avrebbe potuto ammettersi “una delle azioni edilizie che il diritto comune qui vigente riconosce nelle vendite: la redibitoria, ovvero la estimatoria o quanti minoris oppure infine, sussistendo veramente un *dolus malus*, un’azione per vizio della cosa venduta. Proceduralmente inammissibile e da respingersi era dunque l’azione promossa con l’atto di citazione 10 settembre 1981 nel cui testo si parla in modo del tutto errato di reclamo di danni per violazione contrattuale [...]. In realtà ai Barbieri poteva spettare o un’azione redibitoria (diretta alla risoluzione del contratto) o un’azione rivolta alla diminuzione del prezzo [...]. Nessuna di dette azioni è stata correttamente esercitata, perché instaurata da controparte fuori termine di sei mesi e dell’anno dalla vendita; né si può parlare di fattispecie di inadempienza contrattuale come tale, e quale causa di danni [...]”. In realtà, se – come si deve – si va al di là delle formule adottate (che possono anche essere tecnicamente dubitabili) e si cerca di capire quale fosse nella realtà il *petitum* dei Signori Barbieri, ci si accorge abbastanza agevolmente che esso non mirava certamente alla risoluzione del contratto per inadempimento dei venditori, né a una riduzione del prezzo per la elementare ragione che i danni dei quali si chiedeva il risarcimento erano maggiori dell’intero prezzo pattuito per la compravendita. Quello che i Signori Barbieri chiedevano era altro: era l’accertamento di un’*iniuria* nel comportamento della parte venditrice e di un danno che da questa *iniuria* era derivato e del quale si chiedeva il risarcimento: questo accertamento non comportava affatto né la risoluzione né la rescissione del contratto; né poteva limitarsi ad una diminuzione del prezzo dovuto per l’acquisto del bene per l’elementare ragione che il danno subito del quale si chiedeva il risarcimento superava il prezzo che era stato pagato. Il problema è di sapere se, nel sistema delle *actiones* proprio dello *ius commune*, una ve ne sia che possa attagliarsi alla fattispecie. Prima di rispondere a questa domanda sarà bene rammentare che se per caso questa azione mancasse, dovremmo concludere che un venditore può lecitamente comportarsi come si comportò la parte venditrice nel caso di specie: dichiarare edificabile un terreno che la stessa parte venditrice aveva precedentemente sottoposto a vincolo urbanistico, lasciare che il compratore faccia lui ricerche detinate ad accertare il falso, trasferire così come edificabile un terreno che tale non è all’ottanta per cento, causare in tal modo un danno largamente superiore all’intero prezzo pagato per

l'acquisto del terreno, e lasciare il compratore privo di qualunque tutela risarcitoria per mancanza dello strumento processuale *ad hoc*: che sarebbe conclusione manifestamente aberrante da qualunque elementare canone di equità.

In realtà non mancano nel sistema del *ius commune* mezzi adeguati alla tutela di situazioni come quella di specie. Occorre premettere in punto di fatto che certamente nel nostro caso la parte venditrice agì con un dolo che non può non esser qualificato *malus*; tale certamente essendo quello di chi qualifica un bene in modo che egli positivamente sa non rispondente alla verità (tale era la qualifica di edificabilità del terreno trasferito che era inesistente per fatto della stessa parte venditrice la quale aveva predisposto e sottoscritto la lottizzazione che aveva destinato a verde pubblico la maggior parte del terreno offerto poi in vendita). E si noti che il dolo sussiste, e non diminuisce di gravità, se la qualità è semplicemente affermata – purchè affermata con chiarezza, com'è nel rogito Nicolini, dove si legge che “*le parti si danno atto che il lotto di terreno è edificabile secondo la normativa della zona*” – e non anche formalmente garantita. Si richiede solo che la qualità affermata sia – come certamente è nel caso di specie – essenziale, al segno che si possa ritenere che il contratto non sarebbe stato stipulato se la qualità stessa non fosse stata presente nella cosa oggetto di trasferimento.

Fin dall'età dei Glossatori il sistema dello *ius commune* ha approntato uno strumento di tutela per situazioni come quella di specie. Quando il dolo ricorre – e nel nostro caso certamente ricorre – ed è un *dolus re ipsa*, insito cioè in modo inestricabile nello stesso oggetto del contratto, si tratta di vedere *utrum equitate pacti possit tolerari an non*. Nel nostro caso questa tollerabilità è manifestamente da escludere, intollerabile essere che l'acquisto di un bene che vale 68.000.000 (prezzo indicato nel contratto preliminare) possa causare all'acquirente un danno di più che 142.000.000. “*se invece il dolo incidente aveva dato luogo ad una <deceptio que non possit tolerari equitate pacti> [...] era necessario riformare in melius <quod inequaliter factum est>*” (Bellomo, voce *Dolo – Diritto intermedio*, in “Enciclopedia del Diritto”, vol. XIII, pp.729s.). Risolvere o rescindere o comunque privare di efficacia il contratto non corrisponderebbe alla domanda proposta dai Signori Barbieri, non restituirebbe equità al rapporto, non sanzionerebbe il dolo da cui era manifestamente affetto il comportamento della parte venditrice. Anzi, ora che – successivamente alla vendita – il terreno è divenuto edificabile, la perdita di efficacia del contratto di compravendita potrebbe addirittura rivelarsi un immeritato vantaggio per la parte venditrice che vantaggi certamente non merita. Per restituire equità al rapporto – quell'equità che gli fu sottratta dal comportamento contrario alla buona fede tenuto dalla Parte venditrice – per rimuovere (usando il linguaggio del *ius commune*) quella “*deceptio que non potest tolerari equitate pacti*”, è evidentemente necessario, da un lato salvare il contratto e dell'altro risarcire il danno che all'acquirente è derivato dal comportamento doloso del venditore. Questo avevano richiesto i Convenuti al momento di costituirsi in giudizio (che era ben comprensibile al di là delle parole che erano state usate per significare questo *petitum*), e questo deve alla fine esser pronunziato dal giudice. E la naturale flessibilità del sistema del diritto comune consente di approntare lo strumento di tutela conformandolo alle caratteristiche specifiche della fattispecie controversa. Questo non vuol dire affatto “inventarsi l'ordinamento” che sarebbe inciviltà somma; significa piuttosto seguire la grande lezione di quel sommo giudice sammarinese che fu Guido Astuti il quale insegnava che “il diritto comune bada non a costruzioni giuridiche astratte, ma alla realtà dei fatti, per seguire la soluzione che a questi si presenta più aderente; sotto tale profilo

può fondatamente decidersi ogni questione [...] sulla base dell'opinione comune dei dottori, confermata dall'autorità di Bartolo e Baldo *aequitatem praecipue spectandam et ex bono et aequo causas dirimendas esse, et de apicibus iuris disputare minime congruere nemo est profecto qui nesciat: id enim in sexcentis locis recentiores iurisconsulti tradidere*".

Ci sarebbe, in ultimo, da domandarsi anche se – per quanto riguarda il capo delle due sentenze di primo e di secondo grado relativo alla revoca del sequestro – non si sia formata la cosa giudicata per *duplex sententia conformis*, essendo per questo capo le due sentenze identiche nel dispositivo formale; tuttavia, poiché le due statuizioni, per quanto identiche, s'inseriscono in due contesti radicalmente diversi, appare miglior partito rinnovare la pronunzia.

**Conclusioni**

Per le ragioni fin qui esposte appare manifesto che la sentenza di S.S. il Commissario della Legge merita di essere nella sua sostanza confermata in quanto aderente ai fatti quali sono stati accertati (anche nella successiva istruzione probatoria di secondo grado) e ai canoni giuridici propri del sistema del diritto comune; mentre apparirebbe contrario a quei canoni confermare la sentenza di S.S. il Giudice delle Appellazioni Civili.

## 8.

Consiglio dei XII (Consulente: Prof. Victor Crescenzi), 26 settembre 1995, delibera n. 8.

Toccaceli Roberto (Avv. P.L. Bacciocchi): Toccaceli Primo (Avv. G.M. Marcucci) e Broccoli Aroldo (Avv. L. Bacciocchi) – Causa n. 263, anno 1985.

### **Proprietà – Immobile di proprietà comune “pro indiviso” – Vendita di quota della Proprietà – Diritto e onere del comproprietario.**

*Il comproprietario di una comunione volontaria e consensuale, ossia convenzionale, in quanto “socius” della “societas facti”, che in tal modo si è venuta a costituire, ha il diritto di non acconsentire alla modificazione della struttura soggettiva della comunione stessa.*

*Al diritto è correlato l'onere di liquidare l'altro “socius”, che intenda recedere dal rapporto, con conseguente conseguimento dell'accrescimento del proprio diritto sull'intero immobile e con scioglimento di fatto della società e della funzionalmente connessa comunione.*

**SENTENZA CONFORME:** decisione di secondo grado del 23 maggio 1994<sup>20</sup>.

**SENTENZA NON CONFORME:** decisione di primo grado del 18 settembre 1991<sup>21</sup>.

---

FATTO

---

<sup>20</sup> Vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 36.

<sup>21</sup> Vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 47.

Con domanda 6 giugno 1990 il sig. Roberto Toccaceli ha citato i sigg. Primo Toccaceli, suo fratello, quale preteso venditore e Aroldo Broccoli quale preteso acquirente della quota relativa ad un immobile che il medesimo sig. Roberto aveva acquistato, così come risulta in atti, in comunione *pro indiviso* con il fratello sig. Primo; quota che si pretende come alienata dal medesimo sig. Primo al sig. Broccoli, per vedersi riconosciuto il diritto a succedere nella titolarità di tale quota, reputando non opponibile a lui stesso attore, quale comproprietario indiviso, il preteso avvenuto trasferimento di essa quota al sig. Aroldo Broccoli. La domanda si basa sulle seguenti premesse: a) che insieme con il fratello Primo l'attore ha acquistato in comunione *pro indiviso*, per la quota di metà per ciascuno, un immobile, consistente in un edificio e in un terreno, siti in località Ca' Rigo, Parrocchia VI, in via Piano di Golferaria, la cui identificazione sarà meglio precisata più sotto; b) che nel mese di aprile 1990 il sig. Aroldo Broccoli, convenuto, si è dichiarato con l'attore, acquirente della quota del sig. Primo Toccaceli dei beni sopra indicati per il prezzo di £. 100.000.000 (cento milioni) e disponibile a cederla al medesimo attore per lo stesso prezzo; c) che alcuni giorni dopo l'attore ha comunicato al sig. Broccoli il suo assenso all'acquisto, ma quest'ultimo, senza indicare motivi in proposito, si è dichiarato non più disponibile alla cessione; d) che, così stando le cose, il sig. Roberto Toccaceli, ha invitato, con lettera del 20 aprile 1990, il fratello sig. Primo a dare spiegazioni in merito e che questi, in un colloquio con l'avv. P.L. Bacciocchi ha confermato l'avvenuta alienazione della propria quota dei beni al sig. Broccoli per il prezzo di £. 100.000.000 a mezzo di scrittura privata redatta con l'assistenza legale dell'avv. Livio Bacciocchi e che quindi egli non si ritiene più coinvolto dalle questioni relative a tale quota. Il sig. Roberto Toccaceli, inoltre, ha dichiarato di aver comunicato formalmente, con lettera dell'11 maggio 1990 e tramite l'avv. P.L. Bacciocchi ai sigg. Primo Toccaceli e Aroldo Broccoli di voler vedersi riconosciuto il diritto a succedere nella titolarità della quota, che il fratello sig. Primo intende dismettere, inquadrando tale diritto nell'ambito di una prelazione del comproprietario e ha invitato i medesimi ad addivenire al compimento delle formalità necessarie. A tale presa di posizione, con lettera del 30 maggio 1990 il sig. Primo Toccaceli, per mezzo dell'avv. Livio Bacciocchi, ha negato l'esistenza di un diritto di prelazione spettante al comproprietario sul bene indiviso, ma ha negato altresì di aver alienato la propria quota, mentre ha dichiarato di richiedere per la sua cessione il prezzo di £. 160.000.000. Stando così le cose, l'attore ha elevato a presupposto della propria pretesa che tra il sig. Primo Toccaceli e il sig. Aroldo Broccoli sia intervenuta la vendita o la promessa di vendita della quota pari alla metà dei beni immobili in questione per il prezzo di £. 100.000.000. Inoltre l'attore si è dichiarato pronto ad esercitare <<il diritto di prelazione a lui spettante ex lege quale comproprietario indiviso sulla quota del fratello per il medesimo prezzo dichiarato dai convenuti e cioè di £. 100.000.000 e comunque di accettare l'offerta di vendita per il medesimo prezzo>>. Con la domanda l'attore ha richiesto che gli venga riconosciuta la vittoria di spese ed onorari del presente giudizio in caso di opposizione dei convenuti ed infine contestualmente ha depositato in atti un assegno della Cassa Rurale di Faetano n.001400246 dell'ammontare di £. 100.000.000, quale prezzo per la quota dei beni in questione. L'istanza è riprodotta integralmente nell'udienza del 25 giugno 1990 nella quale si è costituito in atti il convenuto sig. Aroldo Broccoli, sollevando contestualmente i *generalia contra*.

Nella successiva udienza del 17 settembre 1990 è comparso in atti il convenuto sig. Primo Toccaceli <<per dichiarare che quanto esposto in citazione corrisponde a verità>>. Più precisamente, dichiara il sig. P. Toccaceli che con scrittura privata del 10 marzo 1990 ha venduto al sig. Aroldo Broccoli, per il prezzo di £. 96.000.000 la propria quota, pari: a metà di un fabbricato distinto al C.U. al F.46, particella n.178; a metà dell'area di terreno distinta al F.46, particelle nn.192 e 195; infine ad un quarto dell'area di terreno distinta al medesimo foglio, particella n.197, ammettendo che comproprietario dell'altra metà degli immobili sopradescritti è il fratello Roberto Toccaceli, attore. Nel corso della medesima udienza l'attore ha riprodotto la citazione con le sue conclusioni, rettificando i dati relativi ai beni in questione così come indicati nella comparsa di risposta del convenuto sig. Primo Toccaceli. Infine, sempre nel corso della medesima udienza tutte le parti in giudizio hanno dichiarato i fatti, così come esposti nell'atto di citazione <<non controversi>> e sulla base di questo assunto, che costituisce il cardine di questa lite, hanno ritenuto la controversia di carattere esclusivamente giuridico, rinunciando ai termini probatori, reprobatori e di controprova.

La causa quindi ha preso una via spedita e il giudizio di primo grado si è concluso con la sentenza dell'Ill.mo Commissario della Legge del 18 settembre 1991, depositata in pari data.

La sentenza di primo grado, dopo un'analitica ricognizione della struttura della disciplina del diritto di prelazione nell'ordinamento sammarinese, sostenuta da un'esemplare sintesi storiografica della configurazione di tale diritto nell'esperienza di *ius commune* in generale, così come si è venuta sviluppando dal Medio Evo in poi, respinge la domanda dell'attore e, in considerazione della difficoltà della materia e della novità del caso, compensa tra le parti le spese e gli onorari di causa.

Contro la sentenza di primo grado ricorre l'attore con istanza del 14 ottobre 1991, riprodotta nell'udienza del 28 novembre successivo, cui resistono i convenuti confermando integralmente quanto sostenuto in primo grado. Nel corso del giudizio di impugnazione, durante l'udienza del 17 dicembre 1992 viene escusso quale teste l'avv. Giordano Bruno Reffi, indotto dall'appellante, perché deponesse in ordine all'effettiva vigenza della rubrica 66 del secondo libro delle *Leges Statutae*. In considerazione dell'acquiescenza reciproca in ordine all'esistenza dei fatti, così come descritti nell'atto di citazione di primo grado, l'appello è pervenuto rapidamente a decisione, che si è conseguita con la sentenza dell'Ill.mo Giudice delle Appellazioni Civili del 23 maggio 1994, pubblicata il giorno quattordici del successivo mese di giugno. La sentenza di seconda istanza, in accoglimento dell'appello, riforma la sentenza di primo grado confermandola soltanto sul punto relativo alla compensazione tra le parti delle spese di entrambe le fasi del giudizio.

Si è così costituita difformità tra il giudizio di primo e quello di secondo grado, sicchè la parte soccombente in appello, sig. Aroldo Broccoli, ricorre in terza istanza dinanzi all'Ecc.mo Consiglio dei XII. Codesto Eccellentissimo Consiglio, sulla base della rubrica 74 del secondo libro delle *Leges Statutae*, nonché sulla base delle rubriche 2 e 7 del libro quarto delle medesime *Leges*, ai sensi dell'art. 2 della legge 5 giugno 1923 n. 13, considerato che era stato effettuato in data 9 agosto 1994 il deposito di cui alla legge 12 giugno 1953, n. 15, non avendo le parti concordato sulla designazione del giureconsulto cui delegare il giudizio, mi nominava, con delibera del 28 febbraio 1995, a consulente con l'incarico di esprimere per iscritto il parere in merito alla controversia. In data 30 maggio 1995 mi venivano consegnati gli atti di causa.

## DIRITTO

1. Conviene, innanzi tutto, interpretare la domanda del sig. Roberto Toccaceli al fine di delimitare l'ambito giuridico dentro il quale collocare l'intera vertenza. Ciò, sulla base di un duplice presupposto: prima di tutto perché la struttura dei fatti e la loro consistenza e successione non è oggetto di controversia, come più volte è stato ribadito nel corso del giudizio. In secondo luogo, e conseguentemente, poiché la lite *de qua* consiste in una specifica questione di diritto, ossia consiste nell'accertamento dell'esistenza, nell'ordinamento sammarinese, d'uno strumento giuridico che tuteli l'interesse dell'attore a vedersi riconosciuta una posizione di vantaggio rispetto ai rispettivi e distinti interessi dei convenuti. Il primo problema che si affaccia dunque all'interprete chiamato a esprimersi sulla questione è quello dell'individuazione di queste rispettive serie di interessi. Questo lavoro di isolamento ed individuazione è, infatti, pregiudiziale alla successiva e conseguente indagine indirizzata all'identificazione della valutazione comparativa e ponderata che di tali interessi dà l'ordinamento sammarinese. Solo quando si sarà compiuta tale indagine si potrà stabilire quale strumento giuridico pone a disposizione tale ordinamento a tutela, tra quelli qui in gioco, di quegli interessi, che esso ritiene maggiormente meritevoli di protezione.

Sarà utile ripercorrere la storia degli eventi, che prendono le mosse dal fatto che i due fratelli Toccaceli, da quanto risulta in atti, in un tempo indeterminato, hanno volontariamente acquistato l'immobile del quale qui è in questione con una partecipazione reciproca al cinquanta per cento. Questo evento iniziale, che non è stato sufficientemente valorizzato nel corso del giudizio, e sul quale tuttavia non esiste controversia, è dotato di una qualità che è essenziale alla comprensione dell'intera fattispecie: l'acquisto dell'immobile in comunione è stato frutto di un atto volontario, sicché la comunione esistente tra i due fratelli, che si è costituita per effetto dell'acquisto in comune dell'immobile, ne risulta determinata definitivamente e in quanto tale deve essere collocata in una sua posizione specifica che sarà individuata al momento opportuno; ma che in ogni caso non va confusa con quella delle comunioni che si realizzano per effetto di fatti o atti non riferibili alla volontà dei comunisti, quali sono le comunioni incidentali per successione per causa morte o la comunione necessaria delle parti comuni degli edifici.

Quel che si deve analizzare, arrivati a questo punto, è la situazione che consegue da una situazione così determinata. I due fratelli Toccaceli, infatti, hanno acquistato volontariamente in comune un immobile *pro indiuiso*. Dunque, esisteva, al momento dell'acquisto, un interesse e di conseguenza una volontà comuni alla creazione della comunione e infatti proprio per questo questa comunione si è venuta a costituire. Pertanto la volontaria e intenzionale costituzione di questa comunione *pro indiuiso* tra i fratelli Toccaceli è funzionalmente connessa ad un *quid* che è intervenuto tra i fratelli Toccaceli stessi, che costituisce la causa della comunione: quest'ultima è dunque un effetto volontario, è il frutto dell'incontro delle volontà di due fratelli finalizzato all'acquisto in comune dell'immobile. Tra breve cercheremo di qualificare giuridicamente tale *quid* che costituisce la causa della comunione o che comunque le è funzionalmente e definitivamente connesso; ma prima di far ciò si deve sottolineare che al momento dell'acquisto in comune dell'immobile esisteva evidentemente un interesse comune dei due fratelli alla creazione di una situazione, della quale lo stato di

comunione era uno degli effetti voluti, anzi uno degli effetti ricercati, non un effetto meramente casuale, o, con altre parole, incidentale.

E' vero che, secondo quanto risulta, dallo sviluppo degli eventi questo interesse alla comunione evidentemente è venuto a cessare, almeno da parte del sig. Primo, il quale ha mostrato l'intenzione di cedere la propria quota di partecipazione. Ma questo interesse negativo del sig. Primo, in tanto assume rilievo e meritevolezza di protezione, in quanto esso sia esercitato conformemente a quella caratteristica volontaria della comunione che si è appena dimostrata. In una situazione così determinata possiamo invero identificare da un canto l'interesse di uno dei fratelli al mantenimento della comunione con l'altro; d'altro canto l'interesse di questo secondo fratello a uscire dalla comunione, ancorchè questa fosse stata costituita volontariamente, ossia ancorchè questa fosse l'effetto d'un atto volontario.

Ci troviamo quindi dinanzi ad un primo quesito: l'interesse del sig. Roberto al mantenimento della comunione volontaria – al mantenimento del *quid* casualmente connesso alla comunione – può essere sacrificato all'interesse del sig. Primo a recedere da questo *quid*? In linea di principio si può rispondere affermativamente, posto che questo *quid*, sebbene costituito volontariamente, sebbene frutto dell'incontro delle volontà delle due parti, per la sua caratteristica di essere proiettato indefinitamente nel tempo deve poter essere strutturalmente configurato in modo tale che se ne possa dare il recesso unilaterale; l'ipotesi contraria porterebbe alla costituzione di situazioni vincolanti oltre misura. Quindi l'interesse del sig. Roberto al mantenimento della comunione volontaria con l'altro fratello può cedere nei confronti dell'interesse di quest'ultimo a recedere dismettendo la propria quota, ma entra inevitabilmente in conflitto con ogni altro interesse che abbia per oggetto tale quota e in particolare entra inevitabilmente in conflitto con l'interesse del fratello recedente a disporre liberamente della propria partecipazione e con l'eventuale interesse di qualsiasi altro soggetto intenda succedere al recedente in tale partecipazione.

Si è pervenuti così all'identificazione del reale oggetto della controversia. L'oggetto del contendere, insomma, verte a stabilire come l'ordinamento risolva questo conflitto di interessi appena individuato.

2. Per meglio indagare la natura di questo conflitto di interessi è necessario stabilire cosa sia questo *quid* che abbiamo constatato essere in rapporto funzionale con la comunione *pro indiuiso* dei fratelli Toccaceli sull'immobile in questione. Ognun vede come, data la sua natura volontaria, questo *quid* ha sicuramente natura negoziale. I fratelli Toccaceli, al momento dell'acquisto in comune per atto di volontà tra vivi dell'immobile in questione, hanno concluso un negozio indirizzato specificamente alla costituzione della comunione su tale immobile al fine del godimento in comune, sia pure, ovviamente, in ragione dell'entità della quota a ciascuno di essi spettante; questo negozio è tipicamente un contratto per mezzo del quale essi, con il suo acquisto in comune, hanno posto in comune un immobile in ragione di una partecipazione paritaria al cinquanta per cento al fine di goderne.

L'avvenuta costituzione della comunione *pro indiuiso* sull'immobile, dunque, è l'effetto di una *causa societatis*. Ciò, oltre che da nozioni di tipo genericamente corrente, risulta dall'analisi che di questa fattispecie si faccia alla luce di ciò che è *societas* nell'ordinamento sammarinese. Questo, in quanto ordinamento di *ius commune*, realizza un concetto di *societas* qual è quello descritto e disciplinato dai titoli *pro socio* del Digesto (D. 17, 2) e del Codice (C. 4, 37) e dal titolo *de societate* delle Istituzioni (Inst.



3, 25), visto anche alla luce di come questo concetto è stato sviluppato dalla giurisprudenza dottrinale e decidente di *ius commune*; tutto ciò va messo in relazione alla legislazione che la Repubblica ha dettato in materia, legislazione che integra e per certa misura deroga alla disciplina di *ius commune* e che sarà partitamente esaminata al luogo opportuno; in particolare, rilevante per quanto concerne la questione *de qua*, è D. 17, 2, 5 *pr.*: <<*Societates contrahuntur siue uniuersorum bonorum siue negotiationis alicuius siue uectigalis siue etiam rei unius*>>. La costituzione di una società, dunque, può avere per oggetto anche soltanto *una res*, soltanto un bene, e argomenti in tal senso esistono numerosi nella compilazione giustiniana; uno per tutti è quello che si desume da D. 17, 2, 65 *pr.* Altrettanto più che rilevante, perfettamente calzante alla fattispecie *de qua* è la norma contenuta in C. 4, 37, 2, che stabilisce che la costituzione stessa di tale *societas* può avvenire tramite l'acquisto in comune di una *res*: <<*Cum proponas te praedium coniuncto dominio cum patruo tuo comparasse in possessionemque tam te quam ipsum inductum, iuris ratio efficit, ut dominium fundi ad utrumque pertineat*>>. Su tutta questa questione nello stesso senso sta la dottrina di *ius commune*: cf. *Tractatus*, in *Tractatus illustrium [...] iurisconsultorum*, *De contractibus licitis*, t. VI, p. I, Venetiis, 1584, f. 133 *ra*.

**Perché si abbia *societas*, tuttavia, è necessario che esista l'*affectio societatis*, secondo quanto prescrive D. 17, 2, 31, che contestualmente identifica, *econtrario*, le fattispecie nelle quali tale *affectio societatis* non interviene: questa manca tutte le volte che l'acquisto in comune avvenga per effetto di fatti o atti non imputabili ai comunisti, quali per esempio il caso di acquisto in comune di una *res* oggetto di legato, del quale destinatari siano due soggetti o l'acquisto che sia l'effetto di successione ereditaria o di donazione, ovvero l'acquisto della *res communis* realizzatosi separatamente dai comunisti e non allo scopo di divenire *socii* in senso stretto** (D. 17, 2, 31): <<*[...] Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in comunione, ut euenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas uel donatio communiter nobis obuenerit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri*>>. L'enumerazione di D. 17, 2, 31 è certamente meramente esemplificativa, ma le ipotesi ivi appunto esemplificativamente enumerate hanno in comune una circostanza che le qualifica tutte e che è identificata dal verbo <<*incidimus*>> usato dal legislatore, verbo che qualifica la nascita della *communio* come conseguenza di un *quid* non riferibile alla volontà dei partecipanti, sicchè infatti si parla anche nel linguaggio corrente di comunione incidentale. Sono altresì prive dell'*affectio societatis* le fattispecie in cui la *communio* è necessaria, qual è quella relativa alle parti comuni dell'edificio condominiale. La fattispecie *de qua agitur*, posta in essere dai fratelli Toccaceli con l'acquisto in comune dell'immobile in questione non possiede alcuna delle caratteristiche che costituiscono il tratto unificante di quelle per le quali il legislatore esclude l'*affectio societatis*: dunque si può essere certi che essa sia qualificata appunto da tale *affectio*.

Che l'acquisto di quell'immobile sia retto da tale *affectio* è dunque un ulteriore elemento di certezza che qualifica la fattispecie dedotta in giudizio: è, invero, certo che i due fratelli Toccaceli abbiano acquistato in comune l'immobile proprio volontariamente, volendolo appunto acquistare in comune e volendo godere in comune della cosa acquistata sia pure, ovviamente, *pro quota*, volendo infine mantenere la comunione *pro*

*indiviso*, tanto ch'essa, fino al momento in cui il sig. Primo non manifestò la propria intenzione di dismettere la propria quota, è stata mantenuta appunto indivisa.

Che l'*affectio societatis* abbia retto l'acquisto in comune della *res* in questione, se non si può desumere da un'espressa dichiarazione dei fratelli Toccaceli, che nel caso in specie non sembra sussistere, lo si inferisce con definitiva sicurezza dalla circostanza che essi hanno posto in essere *facta concludentia* in tal senso, come risulta dall'argomento che si ricava dalla già sopra citata norma di C. 4, 37, 2, che disciplina l'ipotesi di una fattispecie societaria posta in essere *rebus ipsis et factis*, ossia tramite la conclusione di un contratto di compravendita in comune di un *praedium*. D'altra parte D. 17, 2, 4 statuisce che *societatem coire et re et uerbis et per nuncium posse*, e appunto 're' fu contratta la *societas* tra il sig. Primo e il sig. Roberto Toccaceli. In tal senso si pronuncia la dottrina di diritto comune, testimoniata qui dal Voet, nel *Commentarium* a D. 17, 2, n.2: <<Diuiditur [societas] primo in expressam, que expressa conuentione fit, et tacitam, que rei contrahi dicitur, dum rebus ipsis et factis, simul emendo [...] socii ineunde societatis uoluntatem declarant>>, che allega non solo D. 17, 2, 1, ma anche il sopra già citato C. 4, 37, 2. Nello stesso senso cf. Pietro degli Ubaldi, *De duobus fratribus Tractatus* cit., *ibidem*: <<Consensus declaratur non solum uerbis, sed etiam factis>>, traendo un argomento particolarmente significativo, per il suo ampio spettro applicativo, da D. 1, 3, 32, e così conclude: <<et communiter fecit fieri instrumenta acquisiti(onis)>>.

Non c'è dubbio, quindi, dalla sequenza di dati fin qui esaminati, che se ne debba concludere che tra i fratelli Toccaceli sia intervenuto un negozio di tipo societario funzionale all'acquisto e al godimento in comune dell'immobile in questione, negozio cui la comunione su tale immobile è dunque casualmente e definitivamente connessa. Non c'è altresì dubbio che tale *societas*, in quanto posta in essere per tacita convenzione, per effetto del fatto dell'acquisto in comune, debba essere collocata nel novero delle *societates de facto*. Ma tale classificazione, sebbene possa essere rilevante per altri aspetti che esulano da questa controversia, non impedisce e non limita la natura societaria del rapporto intercorrente tra il sig. Primo e il sig. Roberto Toccaceli.

3. La inclusione del rapporto tra i fratelli Toccaceli nel novero delle fattispecie societarie comporta alcune conseguenze in ordine alle rispettive obbligazioni e dunque ai rispettivi diritti oltrechè alle rispettive responsabilità tra i due partecipanti.

Del resto, **la figura della società di fatto è sicuramente rilevante nell'ordinamento sammarinese, non soltanto poiché questo è un ordinamento in cui vige il diritto comune, ma anche in quanto questa figura era espressamente prevista dall'art. 11 della legge 21 dicembre 1942, n.45 Legge sulle società ed è implicitamente considerata dal comma 3 dell'art. 8 della legge 13 giugno 1990, n.68 Legge sulle società, che disciplina la situazione societaria esistente prima del riconoscimento giuridico e il funzionamento della società così costituita.**

La stessa sentenza di primo grado ha, per sua parte, affermato che nella lite *de qua* ci si trova dinanzi ad un patrimonio singolo con una pluralità di soggetti. Se questa constatazione ha un senso, esso è proprio quello dell'attribuzione alla fattispecie in questione della natura della **fattispecie societaria, dove appunto esiste una pluralità di soggetti, i partecipanti, rispetto ad un solo patrimonio, quello della società, che rimane centro di imputazione, anche se priva della personalità giuridica, com'è ovviamente nel caso in questione; sul patrimonio sociale i soggetti partecipanti**

**hanno un diritto rappresentato dalla quota a ciascuno di essi spettante: qui una quota della metà.**

Non esamineremo qui, ovviamente, l'intera struttura degli obblighi, diritti e responsabilità che connota una *societas de facto* nell'ordinamento sammarinese, figura che va definitivamente inquadrata nell'ambito delle società di persone, ma soltanto quanto concerne la questione *de qua* e in particolare quanto concerne il diritto di uno dei partecipanti a disporre della propria quota, visto specificamente alla luce del suo diritto a recedere unilateralmente dal rapporto sociale.

Primo di far ciò, tuttavia, dovremo richiamare l'attenzione sul fatto che l'aver accertato la natura societaria del rapporto esistente tra i fratelli Toccaceli, come qualificativa della comunione esistente sull'immobile del quale è questione, comporta, ovviamente – e non sarebbe nemmeno necessario ribadirlo in questa sede – il fatto che è vero che ciascuno di essi è titolare, rispetto al bene oggetto del rapporto sociale di un diritto di proprietà indivisa, ma è vero altresì che la titolarità di tale diritto deriva a ciascuno di essi in ragione del rapporto sociale che è casualmente connesso con la comunione. Questa partecipazione dà ai due fratelli la titolarità di una quota, che costituisce non un diritto assoluto, ma un diritto di credito; sicchè tutto quanto inerisce a tali diritti deve essere riguardato sotto questa specifica luce, ivi compreso ciò che concerne le facoltà rilevanti agli atti di disposizione di tali quote. Ne consegue che oggetto della scrittura privata 20 marzo 1990 può essere soltanto la quota che comporta la comproprietà. Tale atto, pertanto, in quanto tale, per avere per oggetto un diritto di credito, non è immediatamente opponibile a ciascuno dei partecipanti, se non nella misura nella quale sia conforme alle norme che regolano il rapporto sociale, norme che generalmente hanno la funzione, tra le altre, di tutelare la struttura del rapporto di credito esistente tra i partecipanti. Ciò vale a rammentare che l'eventuale atto di disposizione posto in essere dal sig. Primo può vantare sull'immobile soltanto un diritto di comproprietà indivisa, del quale è titolare solo in quanto è titolare della quota, ma del quale egli non ha la facoltà di disporre, se non nella misura nella quale l'atto di disposizione è conseguenza dell'atto di disposizione della quota e nei limiti posti dall'ordinamento a tutela dell'altro partecipante: questi limiti, poi discendono dalla struttura del rapporto in cui i due soggetti si trovano. Ciò in quanto, allo stato delle cose, al momento del compimento di tale atto di disposizione, non era intervenuto lo scioglimento della comunione con la relativa divisione del bene e specificazione della porzione di esso spettante a ciascun partecipante, fatte salve le parti comuni. Dire che tale situazione di divisione era sostanzialmente conseguita, come propone il sig. Broccoli nella memoria conclusionale di primo grado, non vuol dire altro che riaffermare la natura creditizia del bene del quale questi è attualmente titolare, poiché una divisione o è stata formalmente – e non solo sostanzialmente – posta in essere, con gli idonei strumenti convenzionali o giudiziali o non è: e nel caso in questione non era intervenuta, come appunto implicitamente ammette, con l'affermazione sopra evocata lo stesso sig. Broccoli.

Il fatto che tra i fratelli Toccaceli fosse intervenuto un accordo sulle modalità di godimento del bene, tale che ciascuno di essi si è riservato una porzione determinata dell'immobile e in particolare dell'edificio, in quanto accordo interno al rapporto sociale esistente tra le parti, e quindi relativo all'esecuzione della relativa *causa societatis*, non muta la sostanza delle cose e la natura dei rapporti tra i fratelli partecipanti, nonché la natura dei rispettivi diritti e obblighi. **Per conseguire la trasformazione del diritto di credito derivante dal rapporto sociale in un diritto assoluto sulla porzione di bene**

**in godimento sarebbe stato necessario, come è perfino ovvio rammentare, lo scioglimento della società con lo scioglimento della comunione *pro indiviso*, per le parti divisibili dell'immobile, con la conseguente assegnazione convenzionale o giudiziale delle sue porzioni. Non essendosi verificato ciò, essendo ancora in vita la comunione sull'intero immobile al momento della pretesa avvenuta cessione della quota, i rispettivi rapporti tra i partecipanti devono continuare ad essere configurati quali diritti di credito.** Si vedrà tra breve come questa situazione non si esaurisca in una mera formalità, ma sia preordinata a tutelare interessi dall'ordinamento ritenuti meritevoli di protezione. Quegli stessi interessi, la realizzazione dei quali ha presieduto alla formazione della comunione volontaria per effetto dell'acquisto in comune dell'immobile in questione.

Né può essere validamente invocato a causa dello stesso ordine di argomentazioni, come pure appare nella memoria conclusionale di primo grado del sig. Broccoli, il fatto che sia intervenuta una divisione amichevole ultradecennale. Il principio ivi richiamato, infatti, ha rilevanza in quanto la comunione si sia costituita incidentalmente, come nel caso di una comunione ereditaria, non già quando la comunione sia volontaria, poiché quest'ultima, quantunque si costituisca *de facto*, rimane regolata dalla volontà dei partecipanti. Sicchè l'eventuale ripartizione tacita o amichevole del bene in comunione non può produrre effetti sulle vicende relative alla partecipazione al rapporto sociale, rimanendo questo vincolato ad un atto di volontà e sorretto ognora dal consenso ovvero dall'*intuitus personae*, come meglio si vedrà più sotto. Di conseguenza, **l'eventuale divisione amichevole ultradecennale, se può avere rilevanza in ordine alle rispettive aspettative che possano costituirsi tra i partecipanti, quindi all'interno del rapporto sociale, non rileva in ordine al potere di disposizione di ciascuno dei partecipanti della propria quota; tale potere di disposizione rimane assoggettato alle regole sue proprie, che gli derivano dal fatto di svolgersi nell'ambito di un rapporto societario e che quindi non può essere validamente opposto agli altri membri del rapporto**, ma è bisognoso della partecipazione negoziale di questi, nelle forme e dentro i limiti stabiliti dall'ordinamento.

Di conseguenza, la scrittura privata 20 marzo 1990, con la quale sarebbe intervenuta la cessione della quota in favore del sig. Broccoli da parte del sig. Primo Toccaceli non sembra idonea a costituire una stabile situazione contro gli interessi del sig. Roberto. Sebbene, infatti, questo atto sembri avere per oggetto una quota, tale quota è costantemente qualificata come un bene immobile (<<*il seguente bene immobile*>>, recita l'art. 1). E sempre un bene immobile essa prende in considerazione, tanto che all'art. 2 esso viene <<*venduto e accettato a corpo*>> e così via. Del tutto assente, poi, da tale scrittura è il riferimento alla situazione sociale che qualifica il rapporto esistente tra i due partecipanti, eccettuato l'impegno che il sig. Broccoli si è assunto a raggiungere <<*un accordo di divisione consensuale*>> con il sig. Roberto Toccaceli, esonerando da ogni responsabilità su tale punto il sig. Primo. Orbene, proprio per la natura dei rapporti tra i fratelli Toccaceli, che abbiamo fin qui analizzato, si deve concludere che il sig. Primo non poteva disporre dell'immobile, bensì solo della quota, il trasferimento della quale, come subito si vedrà, è subordinato al regime che regola la struttura del rapporto societario esistente tra il sig. Primo e il sig. Roberto e che quindi disciplina la circolazione delle quote in una società di persone. Non c'è dunque dubbio che un contratto, quale quello formalizzato nella scrittura privata 20 marzo 1990 non può essere opponibile al sig. Roberto Toccaceli e non può esonerare il sig. Primo da responsabilità

che gli derivano dal rapporto che questi ha consensualmente concluso col fratello compartecipe, né se esso ha per oggetto la quota, come tra poco si dimostrerà, ma neanche se esso ha per oggetto la porzione di bene che, per accordo interno amichevole, quantunque ultradecennale, intervenuto tra i fratelli Toccaceli, ciascuno di essi aveva in godimento nella situazione di comunione *pro indiviso* esistente: questa porzione di bene, in quanto tale, in quanto bene immobile, non è disponibile da parte del sig. Primo, potendo semmai egli, come si è già ripetutamente detto, disporre della sola quota nel rispetto delle norme che disciplinano la partecipazione di un soggetto in un rapporto sociale, in quanto disporne unilateralmente produce conseguenze definitive sulla fisionomia soggettiva di tale rapporto. Oppure, guardando le cose da un punto di vista diverso, l'atto di disposizione 20 marzo 1990, interpretato nel modo più benigno, rimane assoggettato alla condizione del regolamento di interessi, che, appunto, avuto riguardo dei diritti e obblighi derivanti dal rapporto sociale, sarebbe dovuto intervenire tra i fratelli Toccaceli e soltanto tra di loro. Di conseguenza tale atto, così com'è, è inopponibile al sig. Roberto Toccaceli e dunque è inefficace nei suoi confronti.

4. Ciò premesso, occorre porre il quesito: poteva il sig. Primo Toccaceli disporre della propria quota? E, se sì, in quale misura e secondo quali modalità, avuto riguardo ai diritti che, sussistendo il rapporto sociale sopra accertato, devono essere riconosciuti, se gli devono essere riconosciuti, al sig. Roberto Toccaceli?

Rimanendo, infatti, dentro i confini di un'analisi della fattispecie in questione, che prenda ad oggetto di prima approssimazione il complesso degli interessi in gioco, si tratta di stabilire se sia possibile che uno dei partecipanti ceda a terzi, dunque estranei alla comunione, la propria quota. La risposta a questo interrogativo è determinata dalla constatazione dell'effetto che una tale cessione produrrebbe sulla compagine soggettiva della comunione: una tale cessione, infatti, ne produce una modifica. Ora, **mentre in una comunione necessaria, qual è quella che si costituisce con il condominio degli edifici, una modificazione della struttura soggettiva non è assoggettata ad alcuna condizione sicché è sempre possibile alienare a terzi il proprio immobile e con questo il relativo diritto all'uso delle parti comuni, irrilevante essendo l'eventuale interesse contrario degli altri condòmini, lo stesso non può concludersi con riguardo alla modifica della struttura soggettiva di una comunione convenzionale, volontaria, consensuale, che appunto perché tale, è funzionalmente connessa con un rapporto sociale: nessuno dei partecipanti di una comunione convenzionale, infatti, può, senza il consenso di tutti gli altri partecipanti, compiere atti che abbiano per effetto la relativa modificazione della struttura soggettiva.** La modifica della struttura soggettiva di tale comunione, infatti altro non è che la modifica della struttura soggettiva del rapporto sociale sia pure *de facto* intercorrente tra gli stessi partecipanti.

Come tutti sappiamo, infatti, la risposta al quesito sopra proposto è definitivamente negativa, perché **rilevante alla configurazione del rapporto sociale e dunque della comunione convenzionale è quello che comunemente si indica come l'*intuitus personae*.**

***Intuitus personae*, con riferimento alle fattispecie societarie, altro non è che una locuzione volta a descrivere la qualità dell'interesse di ciascun partecipante che volontariamente entri in un rapporto societario con altri.** Questo interesse è qualificato dalla determinatezza soggettiva: una volta costituito un rapporto di natura sociale con un determinato soggetto esiste uno specifico interesse al mantenimento del rapporto con questo soggetto determinato e soltanto con questo ad esclusione di altri.

L'interesse al mantenimento della determinatezza soggettiva è protetto dall'ordinamento a tal punto da costituire elemento intrinseco della causa societaria propria della *societas* nella concettualizzazione di *ius commune* (ma anche della specificazione sistematica per mezzo della quale a tale concettualizzazione sarà data particolare operatività per effetto di norme quali gli artt. 44, 45 e 46, commi 1 e 3 della legge n.68 del 1990), sicchè l'*intuitus personae* finisce per condizionarne le sorti in modo ineluttabile, proprio in relazione al punto che qui interessa. D'altra parte, **nemmeno nella comunione ereditaria incidentale è liberamente ammessa, dal diritto comune, la libera disposizione delle quote, poiché è sempre rilevante l'interesse degli altri compartecipi, specie se legati da stretto vincolo di parentela**, a non trovarsi assoggettati alla conduzione di una comunione con soggetti estranei. Solo che, in quelle situazioni – che differiscono dalla situazione qui controversa per la decisiva circostanza di essere appunto incidentali e non consensuali – la norma che le disciplina, ossia C. 3, 37, 1, subordina l'attuazione di tale interesse all'esperimento dell'azione di divisione: incoata questa, il *frater* interessato, può sempre, *si licitatione uicerit, exsoluta socio parte pretii*, conseguire la pienezza della proprietà e dunque impedire che qualsiasi terzo estraneo faccia ingresso nella comunione.

Questo ordine di concetti, che fanno riferimento all'interesse di un *socius* alla determinatezza soggettiva degli altri *socii*, lo si può vedere in una diversa e specifica concretezza quando si tenga conto del fatto che la comunione, nel caso in questione, fu posta in essere per un mutuo atto di volontà, ossia per effetto, come abbiamo visto, di un tacito consenso indirizzato alla costituzione della comunione per effetto dell'acquisto in comune dell'immobile; valorizzando questo elemento qualificante della comunione *de qua* risulta la sua relativa disciplina in ordine al punto in questione, disciplina che troviamo dettata dalla norma di D. 17, 2, 19 che sancisce: <<*Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit, et recte: cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui*>>. Del resto senza ambiguità è la dottrina di *ius commune*, come testimonia il Voet nel *Comm.* a D. 17, 2, n.24: <<*Quamuis autem socius ita se nequeat societati subducere, ut alium suo loco substituat, futurum deinceps socium et a reliquis uolentibus, nolentibus admittendum; quia socius sua nequit efficere uoluntate, ut si mihi socius sit, quem ego socius esse nolui, cum societas consensu contrahatur [...]*>>.

(Questa non è soltanto la disciplina di *ius commune* vigente a San Marino relativamente a questo punto della questione, ma tale disciplina riceve attualmente una espressa specificazione sistematica nell'ordinamento sammarinese per effetto dell'art. 46, comma 1 della citata legge n.68/1990 che subordina la cessione a terzi della quota sociale nelle società di persone al consenso degli altri soci. In mancanza di questo consenso la cessione della quota è irrilevante nei loro confronti e dunque del tutto inefficace a produrre il suo trasferimento).

Se ne deve concludere che la scrittura privata 20 marzo 1990, in quanto comporta la cessione della quota della comunione *de qua* contro la volontà di uno dei partecipanti, vale a dire del sig. Roberto Toccaceli, viola la norma di D. 17, 2, 19 e deve essere dichiarata come del tutto inefficace nei confronti del medesimo sig. Roberto, visto che questi in diverse occasioni ha più volte espresso la propria indisponibilità a prestare quel consenso necessario alla modifica della struttura soggettiva della comunione convenzionale che egli pose in essere col fratello Primo per effetto dell'acquisto in comune dell'immobile in questione.

5. Occorre dunque interpretare la scrittura privata 20 marzo 1990 e constatare se essa non sia comunque produttiva di efficacia nell'ambito dei rapporti intercorrenti tra il sig. Primo e il sig. Roberto Toccaceli. Il riconoscimento, eseguito anche in sede giudiziale che il sig. Primo ha effettuato della sua volontà di dismettere la propria quota, infatti, in quanto formalizzato nella scrittura privata 20 marzo 1990, se non può valere nei riguardi del fratello Roberto come atto di disposizione della propria quota, vale sicuramente come espressa volontà di non voler più continuare col medesimo fratello il rapporto societario e di comunione consensuale che aveva posto in essere con l'acquisto in comune dell'immobile in questione.

**Invero, mentre, la cessione a terzi della quota sociale è subordinata all'assenso degli altri soci, come abbiamo testè visto, ricordato dal disposto di D. 17, 2, 19 e da quanto ricordato dal Voet nel citato commento a D. 17, 2, num.24, il recesso unilaterale del socio, in una società condotta a tempo indeterminato, è sempre ammesso.**

Si è già sopra affermato che in un rapporto di durata indeterminata, quale quello che i fratelli Toccaceli hanno posto in essere con l'acquisto *pro indiuiso* dell'immobile in questione, **deve riconoscersi in ogni momento l'interesse al recesso di ciascuno dei partecipanti e che tale interesse al recesso possa prevalere sull'interesse di ogni altro partecipante al mantenimento del rapporto. Questa situazione, riguardata sotto il profilo dei diritti, è formalizzata appunto con il diritto al recesso unilaterale da parte del socio in una società di durata indeterminata.** E' un principio immanente nello *ius commune* vigente in San Marino, che risulta espresso dall'icastica norma di D. 17, 2, 70: <<Nulla societatis in aeternum coitio est>>; ma che si ricava anche da D. 17, 2, 63 e ancora argomentando *contrario* da D. 17, 2, 65, 6, che disciplina la responsabilità del socio che *renuntiat ante tempus*, in una società stipulata appunto *ad tempus*; donde si può concludere che pieno è il diritto di recesso del socio in una società contratta a tempo indeterminato. Analogo argomento è possibile inferire dalla dottrina: cf. Voet, *Comm. Cit.* a D. 17, 2, n.24. (Anche questo principio di diritto comune trova la sua specificazione sistematica per effetto di una norma della legge sulle società attualmente vigente nella Repubblica ossia per effetto del primo comma dell'art. 44 della citata legge n.68/1990, che vale la pena riferire: <<Nelle società di persone ciascun socio, in qualunque momento, può recedere dalla società quando questa non sia contratta a tempo determinato>>. Abbiamo già detto sopra come alla società di fatto si applichi la disciplina delle società di persone).

Ne consegue che al sig. Primo Toccaceli deve essere riconosciuta la facoltà di recedere dal rapporto sociale posto in essere con l'acquisto in comunione *pro indiuiso* dell'immobile in questione, in quanto ha mostrato in modo incontrovertibile di non avere più interesse al suo mantenimento, né il fratello Roberto può opporvisi. <<Renunciatio dissociatur aut uoluntate aperta aut tacita>>, afferma persuasivamente il Vinnio e così, del resto, il fatto che, per esempio, uno dei *socii separatim agere coepit* è dall'ordinamento riconosciuto come recesso tacito: cf. D. 17, 2, 64 e Vinnio, *Comm. Ad Inst.* 3, 26, Venetiis, 1768, n.4 f.194.

**6. Il recesso di un socio determina lo scioglimento della società esclusivamente nei confronti del medesimo socio e correlativamente determina in capo al socio superstite uno *ius ad crescendi* subordinato all'onere della liquidazione del valore della quota.** Invero, i due fratelli Toccaceli avevano operato l'acquisto dell'immobile di via Piano di Golferaria con l'intento di goderne in comune, pro quota, o per uso diretto o traendone i frutti, per un tempo indeterminato. In una situazione così configurata, il

recesso di uno dei due compartecipi deve essere, come si è sopra già ripetuto, sempre ammesso, poiché, per usare le parole del Vinnio al luogo sopra citato, che rinvia a D. 17, 2, 63: <<*socii officium inuicem prestant et accipiunt: deinde quia non bene conuenit cum natura et condicione societatis, que rationem quandam et ius fraternitatis habere creditur [...], aliquem inuitum retinere in communione, quippe cuius materia discordias inter non consentientes excitare solet*>>.

Tale *ius adcrendi*, subordinato all'onere della liquidazione della quota al socio che recede, deriva al socio superstite, nell'ordinamento sammarinese, non solo da un generale principio sancito da D. 41, 7, 3, che disciplina l'ipotesi del *socius* che *in re communi partem suam reliquerit* – in tal caso, la *pars relicta, eius [socii relinquentis] esse desinit* e il socio superstite può occuparla -; ma soprattutto anche dal fatto che il medesimo principio sopra enunciato (il recesso unilaterale del socio determina lo scioglimento del vincolo esclusivamente nei confronti del socio recedente, con conseguente *ius adcrendi* del socio superstite subordinato all'onere della liquidazione della quota del recedente) è stato riconosciuto e specificamente disciplinato per fattispecie sociali appunto specifiche per effetto dell'art. 8 comma 4 della legge 7 luglio 1977 n.38 *Società cooperative* e degli artt. 11 e 13 della legge 24 aprile 1980 n.32, modificata con legge 17 marzo 1988 n.51 *Cooperative di abitazione*. La disciplina del recesso unilaterale del socio, che tali leggi introducono nell'ordinamento sammarinese, è tale che essa implica la vigenza del principio, secondo il quale tale recesso ha effetto di scioglimento del rapporto sociale limitatamente alla persona del socio recedente, sicchè il socio superstite può e anzi deve liquidare al socio recedente la quota. Che l'ordinamento sammarinese abbia fatto propria questa disciplina è confermato dal fatto che essa troverà più consapevole e organica espressione nell'art. 45 della citata legge n.68/1990, che attribuisce al socio recedente il solo diritto alla liquidazione della quota posseduta: <<*Lo scioglimento di singoli rapporti societari conferisce ai soci cessanti od ai loro eredi il solo diritto di ricevere una somma di denaro pari al valore della quota posseduta*>>. Il che implica la vigenza del più generale principio, secondo il quale il recesso unilaterale determina lo scioglimento del vincolo sociale – e dunque della comunione – esclusivamente nei confronti del socio che recede, come sarà espressamente sancito dall'art. 44 comma 3 della vigente legge n.68/1990, visto nella sua assolutezza, ma anche in relazione sistematica con il cit. art. 45 e con la disciplina dell'art. 46 della medesima legge. Analoga disciplina vige nell'ordinamento della Repubblica italiana in forza dell'art. 2289 del codice civile, che qui può essere invocato quale legge del luogo vicino.

Il richiamo qui fatto alla legge n. 68 del 1990, che non è applicabile al caso *de quo*, essendo la scrittura 20 marzo 1990 anteriore alla sua entrata in vigore, non serve ad altro che a dimostrare la continuità di una disciplina che propriamente è di *ius commune*, la quale ha trovato espressione legislativa con le leggi n.38/1977 e n.32/1980 e che sarà definitivamente sistematizzata con la legge del 1990.

In altre parole, lo *ius quodammodo fraternitatis* che la norma di D. 17, 2, 63 identifica quale elemento costitutivo della *societas*, è sicuramente elemento costitutivo delle società di persone, ma anche dei tipi di società quali sono quelle di cui alle citate leggi n.38/1977 e n.32/1980 in modo talmente forte che venendo esso a mancare, la *societas* stessa si scioglie. Questo *ius fraternitatis* si deve ritenere abbia presieduto alla formazione del rapporto sociale, visto lo stretto vincolo di parentela esistente tra il sig. Primo e il sig. Roberto Toccaceli, sicchè se uno dei due fratelli non intende persistere in



esso rapporto non ha altro diritto che recedere e richiedere la liquidazione della propria quota, non anche quello di alienarla a terzi, poiché tale alienazione entra in conflitto con l'interesse e il conseguente diritto dell'altro partecipante a non subire alcuna modificazione della struttura soggettiva del rapporto, ma anche a mantenere il rapporto che aveva instaurato con la cosa comune. **Sarà il socio superstite a decidere se liquidare la quota al fratello recedente ed espandere il proprio dominio per effetto dello *ius adcrescendi* o provocare il definitivo e totale scioglimento della società e della funzionalmente correlata comunione, chiedendo la divisione della cosa comune.** Nel caso in questione il sig. Roberto ha chiaramente mostrato di volersi assoggettare all'onere della liquidazione e di voler esercitare lo *ius adcrescendi*. Ed è questo il senso che si deve attribuire alla pronuncia di appello.

La vigenza di questo principio, per effetto delle sopra citate leggi n.38/1977 e 32/1980 in un tempo anteriore alla formazione della scrittura privata 20 marzo 1990 ci rende certi della sua applicabilità alla fattispecie *de qua*. Il fatto che questa disciplina sia stata ripresa e più coerentemente organizzata nella vigente legge sulle società del 1990 ci permette di acquisire un ulteriore elemento di certezza circa la struttura sostanziale dei rapporti sociali nelle società di persone (nel cui novero la *societas facti* dei fratelli Toccaceli appartiene) nell'ordinamento sammarinese.

E', questa, la direzione che ha seguito il Giudice delle Appellazioni, sia pure sviluppando un diverso percorso e la soluzione così trovata presenta notevoli elementi di pregevolezza, sia guardando alla sostanza delle cose, sia guardando all'evoluzione storica che è stata impressa agli istituti in questione.

D'altra parte, la giurisprudenza di *ius commune* ha da tempo stabilito che *consocius in uenditione rei communis debet preferri extraneo*, in quanto, come testualmente recita la decisione della Rota romana 25 maggio 1604 <<*tamquam consors uideatur preferendus [...] de iure communi ex quadam equitate*>>, allegando altresì l'autorità del Marsili e di Guido Papiniano (cf. *Decisiones Sacrae Romanae Rotae* in Merlini Mercurialis *Tractatus de pignoribus et hypothecis*, Venetii, 1672, dec. II, n.1 e 2, p.1<sup>rb</sup> della parte dedicata alle decisioni rotali). Questa situazione di preferenza si è sviluppata, per esempio nel diritto italiano, in modo più coerente con la struttura del rapporto societario, con la norma dell'art. 2289 cod. civ., che si è sopra rammentata. Sulla stessa linea si è collocato l'ordinamento sammarinese: entrambi hanno individuato, nel recesso unilaterale del socio della società di persone, un effetto di scioglimento limitatamente alla sola persona del socio recedente, con la nascita di un diritto alla sola liquidazione della quota. Questo diritto, che ha come correlato l'onere del socio superstite al pagamento del valore della quota, come si è sopra dimostrato, è testimoniato per l'ordinamento sammarinese - che in tal modo dunque attua il principio al quale si riferisce la decisione rotale sopra richiamata dandogli una più coerente configurazione concettuale - sicuramente dalla norma dell'art. 8, quarto comma della citata legge n.38/1977, e anche della norma degli artt. 11 e 13 della legge 32/1980. Queste norme, aldilà della specificità che le connota, hanno dunque la funzione di disciplinare, con riferimento alle fattispecie da tali leggi specificamente regolate, la generale rilevanza che ha, nell'ordinamento della Repubblica, l'interesse del socio superstite al mantenimento del proprio rapporto con la *res* oggetto della *societas*, subordinandone la realizzazione all'adempimento dell'onere della liquidazione della quota al socio recedente.

La protezione di tale interesse completa il diritto del socio superstite ad opporsi all'ingresso nel rapporto sociale di un soggetto col quale egli non lo aveva contratto e col

quale egli non intende condurre il rapporto di comproprietà e di godimento del bene oggetto della società.

Questo è certamente il percorso evolutivo dentro il quale si è sviluppato il diritto sammarinese, visto che il principio qui identificato e applicato è stato definitivamente sancito anche per il futuro con l'art. 45 dell'attualmente vigente legge n.68/1990.

7. L'aver inquadrato costantemente l'intera fattispecie nella categoria della cessione di una porzione di comunione, senza tener conto della natura consensuale di essa comunione e dunque senza tener conto che essa comunione realizza una fattispecie di tipo societario ha fin qui portato alla conseguenza di voler mantenere sotto l'etichetta del diritto di prelazione il diritto del sig. Roberto Toccaceli, mentre non di questo, come si è dimostrato, propriamente si tratta. D'altro canto, con la locuzione "diritto di prelazione" l'attore, sia pure, appunto, impropriamente, o addirittura inesattamente, non chiede altro che l'accertamento del proprio diritto a non subire una trasformazione della struttura soggettiva della comunione, diritto che gli deve essere riconosciuto, o con maggiore rispetto della complessità del caso, chiede che venga accertata nei suoi propri confronti l'esistenza di un diritto ad impedire che il recesso del fratello determini l'ingresso nella comunione di un terzo con il quale egli non intende intrattenere alcun rapporto in ordine al godimento del bene in questione. Questo diritto, nell'ordinamento sammarinese, prende la forma della potestà ad opporsi al trasferimento della quota, potestà che, perdurando, come di fatto perdura la volontà al recesso del sig. Primo, comporta il diritto di quest'ultimo alla liquidazione della propria quota ai sensi del principio che ora si trova enunciato e sancito dall'art. 45 della citata attualmente vigente legge sulle società, ma costituisce norma da tempo vigente nell'ordinamento sammarinese come testimoniano i citati artt. 8, comma 4 della legge n.39/1977 e 11 e 13 della legge n.32/1980: comunque vigente in un tempo anteriore alla data della scrittura privata 20 marzo 1990. Il recesso del sig. Primo e la relativa liquidazione della di lui quota da parte del sig. Roberto, non esistendo altri partecipanti, produce l'effetto della cessazione della comunione e dell'accrescimento del diritto del sig. Roberto all'intero immobile sulla quale si era costituita la società di fatto, venendo a mancare uno dei due elementi del rapporto funzionale che vi ha dato origine, ossia l'acquisto e il godimento in comune della cosa acquistata.

Invero, se per assurdo si volesse rimanere, anche se impropriamente, ancorati alla locuzione del diritto di prelazione si dovrebbe concludere nel senso, secondo il quale l'interesse del sig. Roberto ad impedire l'ingresso del sig. Aroldo Broccoli nella comunione convenzionale che il sig. Roberto ha consensualmente posto in essere con il fratello Primo in ordine all'immobile in questione è "preferito" dall'ordinamento all'interesse del sig. Primo a trasferire a terzi la propria quota e all'interesse del sig. Broccoli ad entrare nel rapporto di comunione con il sig. Roberto.

Questa "preferenza", nella situazione che si è determinata nel caso in specie, si concreta: a) nel riconoscimento in capo al sig. Primo del diritto a recedere, nonché del diritto ad ottenere la liquidazione della propria quota; b) nel riconoscimento in capo al sig. Roberto del diritto ad opporsi al trasferimento al sig. Broccoli della propria quota e nel potere, che è anche un onere, di liquidare al fratello Primo il valore della quota posseduta; c) ed infine nel dovere del sig. Broccoli a subire la situazione così come si è venuta determinando, posto che egli non può opporre al sig. Roberto alcuna situazione giuridica positiva, in quanto, oltre a quanto si è venuto dicendo fin qui, con la stessa scrittura privata 20 marzo 1990 il medesimo sig. Broccoli prendeva atto dell'esistenza, sul

<<*fabbricato in contratto*>>, di una comunione *pro indiuiso* con il sig. Roberto Toccaceli e comunque in quanto essa scrittura privata, come si è accertato sopra, è inopponibile e inefficace nei confronti dello stesso sig. Roberto.

Rimane così definitivamente confutata la paradossale tesi affacciata nella memoria conclusionale del sig. Broccoli, secondo la quale una pronuncia favorevole al sig. Roberto determinerebbe il riconoscimento di un generale diritto di prelazione in favore dei diversi condòmini degli edifici contro gli acquirenti estranei al condominio in caso di alienazione dei relativi immobili. Non solo, infatti, si deve ribadire che qui non si tratta di diritto di prelazione del condòmino, ma del diritto del comproprietario di una comunione volontaria e consensuale, in una parola, convenzionale, in quanto *socius* della *societas facti* che in tal modo si è venuta a costituire, a non acconsentire alla modificazione della struttura soggettiva della comunione e del correlato suo onere alla liquidazione dell'altro *socius* che intenda recedere dal rapporto, con conseguente conseguimento dell'accrescimento del proprio diritto sull'intero immobile e con scioglimento di fatto della società e della funzionalmente connessa comunione. Inoltre si deve opporre alla tesi qui confutata che essa non tiene conto del fatto che il condominio degli edifici non è volontario e riguarda esclusivamente le parti comuni, ma è un condominio necessario, che in ogni caso, appunto, non coinvolge le singole unità immobiliari. Nel caso in questione, al contrario, come si è visto, la comunione è una comunione consensuale, volontaria e ha per oggetto l'intero immobile: si deve ribadire, infine, che sulla cosa a proposito della quale si controverte non è intervenuta alcuna divisione formale e la ripartizione amichevole che i sigg. Toccaceli hanno di fatto operato, sebbene ultradecennale, riguarda esclusivamente, come si è già detto, le aspettative reciproche che essi possono vantare in ordine all'individuazione delle porzioni immobiliari da attribuire quando si fosse addivenuti alla divisione, non la struttura del rapporto convenzionale, volontario, consensuale o come altro lo si voglia qualificare che attiene alla sfera del rapporto di natura societaria. E ciò determina definitivamente la specificità della relativa pronuncia che dirime la controversia qui in discussione.

8. Altrettanto confutabile è la tesi, secondo la quale, avendo il sig. Roberto Toccaceli, esperito una azione indirizzata al riconoscimento del diritto di prelazione, al giudicante sarebbe preclusa la possibilità di determinare diversamente la struttura dei diritti dei quali l'attore è effettivamente titolare.

La tesi deve essere qualificata come assolutamente pretestuosa per diversi riflessi.

In primo luogo va ricordato che **l'ordinamento processuale sammarinese non è un ordinamento retto dal principio della tipicità delle azioni. Questo principio, che pure ha retto l'esperienza giuridica romana in età antica, era già sostanzialmente superato con il processo formulare e comunque era stato demolito definitivamente con l'introduzione della *cognitio extra ordinem*.** Il principio della tipicità, infatti, è un principio formalistico che comunque non ha diritto di cittadinanza in un ordinamento moderno e, per quel che qui interessa, sarebbe in definitivo contrasto con la norma dell'art. 15 della legge 8 luglio 1974, n.59 *Dichiarazione dei diritti e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese*, sia nella parte che garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, sia nella parte che tutela il diritto alla difesa sia nella parte che riconosce un diritto alla speditezza, alla economicità e indipendenza dei giudizi.

**Diritto di un cittadino sammarinese o comunque di chiunque adisca un giudice dell'ordinamento sammarinese, del resto in linea con quanto è riconosciuto in un moderno stato di diritto, è quello di prospettare al giudice le proprie ragioni in ordine ad alcuni fatti che le concernono, la consistenza dei quali deve essere dimostrata nel processo. E' ufficio del giudice accertare la natura giuridica di tali fatti speditamente, con il minimo dispendio per le parti del giudizio e in modo indipendente e di conseguenza determinare dove stia la ragione, identificando gli strumenti di tutela che per le situazioni prospettategli sono approntate dal medesimo ordinamento, se ve ne sono. E' certamente opportuno e più conveniente alla parte che agisce o che resiste in giudizio riuscire ad inquadrare nel modo più corretto possibile la configurazione giuridica dei fatti e degli interessi di cui essa sia portatrice e anche per questo l'azione giudiziaria è assistita dall'intervento del procuratore, ma la valutazione formale che essa parte dà all'assetto dei propri interessi non vincola il giudice che deve procedere alla ricerca della verità giuridica in modo autonomo. Questo è patrimonio ideale talmente radicato da essere compendiato nella breve formula *iura nouit curia* o nell'aforisma: *da mihi factum dabo tibi ius*.**

Potere della parte è certamente quello di delimitare l'ambito dell'accertamento, sicchè il giudice non potrà giudicare se non nell'ambito di ciò che gli è stato *probatum* e *allegatum* e non può attingere alla conoscenza della situazione contenziosa al di fuori del processo, né sarebbe rilevante una sua conoscenza autonoma dei fatti rispetto alle prove addotte. Ma non è questo il caso: qui infatti si controverte esclusivamente su di una questione di diritto – essendo i fatti non controversi e dunque certi a tutti gli effetti – e se l'attore ha ritenuto di designare come diritto di prelazione il proprio diritto nei confronti della controparte ciò non significa che il giudicante deve rimanere legato a tale classificazione quando essa risulti, come risulta in questa sede, del tutto impropria, se non del tutto errata. I sigg. Toccaceli hanno posto davanti al giudice una determinata situazione, sulla quale essi hanno un potere esclusivo; ma la qualificazione giuridica di tal situazione va indagata dal giudicante per quella che è, essendo suo ufficio ed esclusivamente suo accertarne la configurazione giuridica e su tale base discernere la ragione dal torto.

In aggiunta a ciò si deve osservare che già da tempo il diritto comune nega che l'attore sia tenuto a specificare nella domanda il *nomen actionis*. La norma contenuta nella decretale X. 2, 1, 6 sancisce l'eliminazione di questo onere: <<*Prouideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multi fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum, et rei ueritatem secundum formam canonum et sanctorum Patrum instituta inuestigare curetis*>>. Da questa norma la dottrina di *ius commune* trae la regola generale, secondo la quale <<*Nomen actionis in libello exprimere pars non cogitur; debet tamen factum ita clare proponere, ut ex eo ius agendi colligatur. Hoc dicit quoad intellectum*>>, come si trova scritto nel sommario che precede la decretale, sommario che in questo caso si fa risalire all'autorità dell'*Abbas Panormitanus*, vale a dire Nicolò de' Tedeschi. E, a dimostrazione dello spettro generalissimo della regola, che lo *ius commune* riceve non solo dall'apporto del segmento canonistico della sua esperienza, ma anche da quello più squisitamente civilistico, richiameremo, fra tutte, l'opinione di Baldo degli Ubaldi (*Comm. ad Decretal.*, Venetiis, 1595, X. 2, 1, 6, f.156ra), n.1: <<*Sufficit actori factum cum conclusione proponere et rei ueritatem intentare, nec cogitur in libello nomen actionis exprimere [...]*>>; e più oltre, n.4: <<*Nunquid de iure ciuili teneatur agens exprimere*

*nomen actionis? respondeo: non, ut l.i., § quia autem, D. quod legatorum [D. 43, 3, 1, 4]>>.* In particolare da questa norma allegata si ricava l'argomento, secondo il quale, rispetto a qualsiasi esigenza classificatoria, deve prevalere l'efficacia dell'azione intentata, ossia, in ultima analisi, l'esigenza della tutela dell'interesse e dunque del diritto dedotto nella lite.

Se ne può concludere che solo a causa di una domanda generica questa esigenza di tutela non può essere fatta valere. Ma certamente la domanda dell'attore qui non è viziata di genericità, in quanto essa è appunto rivolta all'accertamento del diritto del sig. Roberto Toccaceli a non subire passivamente gli atti di disposizione che della propria quota pretende realizzare l'altro partecipante alla comunione *pro indiuiso* che esso attore ha consensualmente posto in essere in relazione all'immobile in questione. D'altro canto l'eventuale incertezza classificatoria impugnata a carico della domanda da parte del sig. Broccoli sarebbe rilevante, in linea generale, quando questa si risolvesse nell'impossibilità di stabilire quale sia il *petitum* e quale la *causa petendi*, ossia quando essa si risolvesse nell'impossibilità di stabilire il contenuto della domanda. E' quanto effettivamente si verificava nel caso di cui alla decisione di primo grado dell'11 gennaio 1920, (in *Giur. Samm.*, 1911-1920, fasc. I), citata nella medesima memoria conclusionale del sig. Broccoli: in tal caso il giudice, appunto, censurava il fatto che l'attore aveva indicato in modo incongruo <<quale sia ed in che cosa consista il rapporto fondamentale in base al quale, all'infuori della cambiale, egli chiede di essere rimborsato>>. L'aver ommesso di specificare tale rapporto fondamentale si risolveva nella mancata indicazione della *causa petendi*, ossia del fondamento della domanda. E del resto la sentenza del Commissario della Legge aveva un mero contenuto interlocutorio, in quanto non respingeva la domanda dell'attore, sulla base della constatazione invocata nella memoria conclusionale dal sig. Broccoli, ma si limitava a sospendere ogni pronuncia e mandava al rev. Angeli di istruire ulteriormente la domanda, dimostrando quali fossero i rapporti sui quali essa era fondata e quale le conseguenze giuridiche (cf. la sentenza 3 luglio 1921 del Giudice delle Appellazioni, causa n.68 del 1920, in *Giur. Samm.*, a.1921, p.3s.). Il richiamo di questa sentenza, dunque, si mostra come del tutto inconferente con il caso in specie, poiché, al contrario, qui il sig. Roberto Toccaceli ha perfettamente identificato il rapporto fondamentale – la comunione *pro indiuiso* – sulla base del quale egli richiede l'accertamento del proprio diritto e si deve ricordare come su tale *causa petendi* non esiste, per acquiescenza di tutte le parti del giudizio, alcuna controversia. In definitiva, la domanda del sig. Roberto Toccaceli è indirizzata a vedersi aggiudicata la quota del fratello Primo, quota che questi ha chiaramente deliberato di dismettere avendo egli receduto dal rapporto sociale posto in essere consensualmente con l'attore.

Inoltre, si deve rilevare come nella detta memoria non viene puntualmente tenuto distinto ciò che è *petitum* e ciò che è *causa petendi*, da ciò che è accertamento dei fatti, della loro qualificazione giuridica e dunque dei diritti di cui ognuna delle parti sia effettivamente titolare. Il *petitum* è l'oggetto della domanda e qui esso è perfettamente identificato: l'attore, dinanzi alla volontà del fratello di recedere dalla comunione, chiede di non subirne la modifica della struttura soggettiva e chiede di succedere nella titolarità della quota: ciò è perfettamente e univocamente determinato. *Causa petendi* è il fondamento logico giuridico del *petitum* e anche questo è determinabile e determinato dall'interpretazione della domanda, ancorchè nella qualificazione giuridica di tale fondamento l'attore commetta una improprietà classificatoria. Il fondamento logico

giuridico di ciò che egli richiede sta nell'esistenza del rapporto di comunione *pro indiviso* e nel diritto che l'attore ritiene di avere di non subire trasformazioni soggettive di tale comunione. Che questo diritto sia un diritto di prelazione o un diritto che scaturisce dal rapporto di tipo societario, funzionalmente connesso con un rapporto di comunione volontaria è compito del giudice accertare. Del resto ciò è riconosciuto nella stessa sentenza 30 maggio 1990 (*Giur. Samm.*, anni 1981-1990, p.1616) che, nel passo richiamato dallo stesso sig. Broccoli individua la *causa petendi* nel <<*fatto costitutivo del diritto, in correlazione, come nel caso in esame, col fatto lesivo di quel diritto*>>: qui nella comunione volontaria *pro indiviso* in correlazione con il fatto del preteso trasferimento della quota da parte del sig. Primo Toccaceli contro la volontà del fratello Roberto.

In realtà, il problema agitato e risolto dalle pronunce allegate nella memoria conclusionale del sig. Broccoli è quello della precisa identificazione del rapporto processuale, che vuol dire non solo stabilire tra quali soggetti questo si sia instaurato, ma anche su quale oggetto. Si tratta, infatti, sempre di stabilire ciò su cui si contende, e ciò su cui si contende nella causa in questione non è incerto non solo in quanto sull'oggetto della controversia esiste la generale acquiescenza di tutte le parti, tanto che essa controversia ha immediatamente assunto la fisionomia di una squisita questione di diritto, vale a dire, una questione che verte proprio sulla natura e consistenza dei diritti, dei doveri e delle conseguenti responsabilità di cui sono rispettivamente e reciprocamente titolari le diverse parti del giudizio. L'accertamento di tali diritti è esclusivo *officium*, nel senso più alto e pregnante del termine, del giudicante che in questo ambito non può né deve subire limitazioni e predeterminazioni da parte di alcuna delle parti, una volta che si sia chiaramente delimitato e individuato il rapporto processuale sia nella sua compagine soggettiva, sia nella sua configurazione sostanziale.

## 9.

Consiglio dei XII (Consulente: Porf. Severino Caprioli), 26 settembre 1995, delibera n. 11.

Società Unione Mutuo Soccorso – Sums (Avv.ti R. Bonelli e G.L. Franciosi) : Reffi Alessandro (Avv. G.L. Berti) – causa n. 111, anno 1990.

**Assemblea dei soci – Deliberazione – Consiglio direttivo – Competenza regolamentare – Fondo pensioni – Disciplina.**

*Una delibera assembleare non può snaturare i regolamenti previsti dallo statuto sociale, i quali sono, e restano, atti normativi del consiglio direttivo. Non attribuisce all'assemblea quelle materie, sulle quali per statuto è competente il consiglio direttivo. E' principio di diritto che la garanzia è la destinazione di un bene al soddisfacimento di un credito, disposta per norma o per fattispecie volontaria, ed è simmetrica alla responsabilità per l'inadempimento di quel debito. Pertanto la parte del patrimonio sociale, che è il fondo costituito a garanzia delle pensioni, risulta vincolata al pagamento di queste.*

*Deriva da ciò un duplice effetto: il fondo non può impiegarsi ad altri fini sociali, e, all'inverso, il residuo patrimonio della società non può utilizzarsi per il pagamento delle pensioni.*

**SENTENZA CONFORME:** decisione di primo grado del 1 dicembre 1992<sup>22</sup>.

**SENTENZA NON CONFORME:** decisione di secondo grado del 18 gennaio 1994<sup>23</sup>.

---

## FATTO

Con la delibera numero 1100 del 28 febbraio 1995, resa nota a me dal Segretario di Stato per gli Affari Interni con un biglietto del successivo 1° marzo, il Consiglio dei Dodici mi domandava un parere scritto sulla causa civile numero 111 dell'anno 1990. Non formandosi il giudicato per contrarietà della sentenza resa dal Giudice delle Appellazioni Civili il 18 gennaio 1994 e pubblicata il 22 marzo di quell'anno, di fronte alla sentenza resa dal Commissario della Legge il 1° dicembre 1992 e pubblicata il giorno 18 di quel mese, veniva a verificarsi l'ipotesi prevista nel tit. 7 del Libro quarto delle *Leges Statutae* (§ 698s.), che fa competente il Consiglio dei Dodici a determinare il *consultor* cui *committere* (§§ 703, 701) la formazione del proprio deliberato irreformabile (§ 705); previsione rinnovata negli artt. 2 nn.1 e 6 della L. 5 giugno 1923 n.13 e nell'art. 5 c.2 della L. 28 ottobre 1992 n.83. La Società Unione Mutuo Soccorso a mezzo degli Avvocati Renzo Bonelli e Gian Luigi Franciosi aveva presentato ricorso il 13 maggio 1994 al Consiglio dei Dodici, affinché “*volesse confermare come meglio aderente al fatto e al diritto [...] la sentenza di primo grado pronunciata dal [...] Commissario della Legge*”. Ed in opposizione il signor Alessandro Reffi, a mezzo dell'Avvocato Alberto Selva, con atto del 10 novembre 1994 aveva domandato che il Consiglio “*confermasse in toto la sentenza di appello*”. Seguivano memorie conclusive per la S.U.M.S. e per il Reffi. Tali atti mi venivano consegnati, con il fascicolo di causa, il 1° giugno 1995.

## DIRITTO

1. Il conflitto che prende la forma rigorosa della lite nella causa intentata da Alessandro Reffi contro la Società Unione Mutuo Soccorso è l'episodio più recente di una vicenda che si protrae da anni, rendendo manifesto a tutti un disagio che sotto profili diversi non è soltanto sammarinese. Ed utile sarebbe, ma non è necessario al fine di questo giudizio, ricostruirne l'antefatto, che risale addietro nel tempo. Qui basta ripercorrere i passaggi strettamente inerenti alla causa, disposti nella loro serie cronologica; fatti non controversi per altro, quali risultano dal fascicolo.

L'8 marzo 1988 con l'istanza al Presidente della S.U.M.S. prevista nell'art. 12 c.2 dello statuto sociale, Alessandro Reffi ed altri 53 soci domandavano la convocazione di un'assemblea straordinaria, che discutesse ed approvasse un “*aumento delle pensioni [...] a lire 6.500 giornaliere*” per i soci che avessero superato il sessantacinquesimo anno di età. Era l'indomani di un'assemblea ordinaria, che aveva discusso il rapporto

---

<sup>22</sup> Vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 86.

<sup>23</sup> Vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 33.

presentato da una commissione, già nominata dal Consiglio Direttivo il 7 novembre 1986, su vari aspetti del problema pensioni. Il 27 marzo 1988 l'assemblea straordinaria prendeva atto della proposta, sulla quale il Consiglio Direttivo aveva peraltro espresso parere negativo; ma confermava quanto già deliberato da un'assemblea del 7 marzo 1987 e demandava al Consiglio ogni più attenta valutazione del problema.

All'assemblea straordinaria del 26 febbraio 1989 il Presidente comunicava il parere negativo sulla proposta Reffi, che era stato reso dal Consiglio Direttivo al termine dell'attento studio richiesto nella delibera 27 marzo 1988. A maggioranza dei presenti e votanti veniva ciò non ostante accolta la proposta Reffi.

Il 9 aprile 1989 un'assemblea straordinaria discuteva le dimissioni presentate dal Presidente della S.U.M.S. e da altri sei membri del Consiglio Direttivo. Esse venivano respinte. Quanto alle pensioni, l'assemblea *"riconfermava le <proprie> delibere del 7 marzo 1987 e del 27 marzo 1988"*. Deliberava inoltre che il Consiglio Direttivo *"predisponesse idonee modifiche statutarie e la revisione del regolamento pensioni da sottoporre all'assemblea"*.

Il 7 luglio 1989 Alessandro Reffi domandava al Presidente che si desse esecuzione alla delibera assembleare del 26 febbraio 1989. Conviene qui aggiungere che il 2 dicembre 1989 da un'assemblea straordinaria e ordinaria verrà esaminato ed approvato il nuovo Regolamento (oggi in vigore), emanato e proposto dal Consiglio Direttivo in ossequio alla delibera assembleare del 9 aprile.

Il 3 aprile 1990 Alessandro Reffi chiamava in giudizio la S.U.M.S. dinnanzi al Tribunale Commissariale, perché questo le *"intimasse [...] l'immediata esecuzione del deliberato assembleare del 26 febbraio 1989 inerente l'aumento a lire 6.500 giornaliere, con decorrenza da tale data"* (ed avrebbe tenuto ferma la domanda nella conclusionale del 20 giugno 1992, insistendo perché la S.U.M.S. venisse *"condannata a dare esecuzione al deliberato dell'assemblea straordinaria dei soci del 26 febbraio 1989, corrispondendogli la differenza [...] tra il riscosso ed il deliberato"*).

Il 1° dicembre 1992 il Commissario della Legge pronunciava sentenza definitiva di primo grado, pubblicata il 18 dicembre. Essa *"respingeva la domanda [...] perché infondata"* e conseguentemente *"condannava l'attore al pagamento delle spese e degli onorari di causa"*. Il 23 febbraio 1993 Alessandro Reffi interponeva appello, chiedendo la piena riforma della sentenza.

Si giungerà al 18 gennaio 1994 alla sentenza di secondo grado, pubblicata il 22 marzo. Il Giudice delle Appellazioni Civili *"accoglie l'istanza del Signor Alessandro Reffi"* e *"condanna la S.U.M.S. al pagamento [...] del rateo di maggiorazione della pensione dal 26 febbraio 1989 al 9 aprile <dello> stesso anno"*, oltre *"al pagamento di spese e onorari di entrambi i gradi di giudizio"*. Non è necessario un formale procedimento di rettifica, per correggere il disposto (dove si legge: *"dal 26/3/1989"*) e conformarlo alla motivazione (p.10), vista l'immediata riconoscibilità dell'errore.

2. La difformità dei disposti consegue alla divergente qualifica della fattispecie che il Reffi pose a fondamento della propria domanda: una delibera assembleare (26 febbraio 1989), che il giudice di primo esame ha ritenuto *"contraria al disposto dell'art. 32 dello statuto sociale"*. In virtù di questo *"all'assemblea generale dei soci non è consentito di adottare provvedimenti nelle materie elencate dal (medesimo) art. 32"*, riservandosi al Consiglio Direttivo di *"provvedere all'erogazione di sussidi e del pensionamento"*, sicchè *"il Consiglio [...] e il Presidente della S.U.M.S. si sono legittimamente astenuti dal dare esecuzione"* ad una delibera *"che ben può essere considerata nulla"* per avere



*“l’assemblea [con essa] travalicato i [propri] poteri di decisione”*. Se per altro quella delibera non sia stata impugnata, la S.U.M.S. tuttavia rimane legittimata sempre a farne valere in via di eccezione la nullità. E del resto la delibera, di cui il Reffi ha domandato l’esecuzione, *“è stata annullata da successive deliberazioni dello stesso organo”*, e segnatamente dalla delibera del 9 aprile 1989, *“che non risulta [...] impugnata dall’attore”* e che *“ha modificato la volontà assembleare riconducendola entro i limiti di quanto è disposto in materia dall’art. 32 dello statuto”*.

Il Giudice delle Appellazioni ritiene, al contrario, che per la delibera del 26 febbraio 1989 *“non si versi [...] in una nullità assoluta”*, bensì piuttosto *“in un caso di mera [...] annullabilità”*; mentre porta il suo attento esame sulla *“legittimità della successiva delibera”* (9 aprile 1989). Per tuziorismo infatti nutre dubbi riguardo alla conformità di questa alla norma dettata nell’art. 15 dello statuto, che richiede per la legittimità di ogni delibera l’espressa iscrizione del punto all’ordine del giorno; fino a prospettare in via di mera ipotesi che la nullità della delibera 26 febbraio 1989 e la nullità della susseguente si facciano puntuale riscontro per due opposte ma convergenti ragioni. Ritiene per altro che dal contesto, quale risulta dal verbale dell’assemblea tenuta il 9 aprile 1989, emerga sì la *“riconferma [del]le delibere assunte nelle sedute del 7 marzo 1987 e del 27 marzo 1988”*, *“ma non certo una espressa volontà di porre nel nulla”* il deliberato del 26 febbraio 1989, vedendosi perciò indotto a *“concludere che per un mese e mezzo [...] la prima delibera ebbe pieno vigore e radicò nel Consiglio Direttivo l’obbligo di corrispondere, alla [...] scadenza trimestrale [...] il rateo maturato”*. Perciò *“l’istanza”* presentata dal Reffi al Presidente, intesa ad ottenere l’esecuzione della prima delibera, gli appare *“non [...] del tutto infondata”*. E del pari il Giudice delle Appellazioni *“ritiene di dovere accogliere”* la domanda presentata dal Reffi al Commissario della Legge *“non in tutto [...] perché una volontà contraria”* è stata *“manifestata dall’ente”*, ma soltanto *“per il periodo nel quale”* *“ebbe certo vigore”* la delibera del 26 febbraio 1989. Per questi motivi *“condanna la S.U.M.S. a pagare al Reffi [...] il rateo di maggiorazione della pensione dal 26 marzo 1989 al 9 aprile dello stesso anno”*; condanna altresì la società al pagamento di spese ed onorari per entrambi i gradi di giudizio.

3. Costituita il 28 maggio 1876, la S.U.M.S. è una società di diritto comune, e tale resta anche per l’art. 4 c.1 L. 13 giugno 1990 n.68. Il suo ordinamento e la sua amministrazione sono regolati dagli accordi degli associati, che prendono forma nello statuto oggi vigente, approvato dall’assemblea dei soci il 29 luglio 1984. Quella norma dell’autonomia privata che trovò sede nel Digesto (16, 3, 1, 6) e fu canonizzata lungo i secoli del diritto comune storico nel *liber Sextus* (5, 13, 85), vige del resto per titolo diverso anche in ordinamenti caratterizzati dalla discontinuità. E’ poi ragionevole, conforme per altro a precetti del medesimo diritto comune, che dove le parti non abbiano disposto, o dove manchi una previsione legale, la disciplina dei rapporti costituiti fra privati sia quella che le norme dell’ordinamento considerato fissino per materie simili (D. 1, 3, 12s.; 27). Per quanto non spetti al consulente annotare sentenze, bene il Tribunale Commissariale si trovò ad analogizzare dall’art. 35 della L. 21 dicembre 1942 n.45, quando nell’apparente silenzio della *lex a paciscentibus dicta* colse da lì argomenti per la propria decisione: così generalizzava dalla disciplina delle società commerciali a quella delle associazioni prive di scopo lucrativo.

Ma dallo statuto della S.U.M.S. conviene prendere le mosse, per intendere i caratteri che distinguono questa associazione, per qualificare le fattispecie da cui trae origine la controversia, per apprezzare con diligenza le soluzioni che i due giudici del merito hanno

accolto nel definire la lite. Ciò soprattutto è necessario, quando si voglia evitare di costringere in calchi adatti ad altre formazioni sociali un fenomeno singolarissimo, qual è la S.U.M.S., riducendolo alla stregua di ogni altra associazione. Da un esame attento così dello statuto (§ 4) come del regolamento, cui rinvia lo statuto per la disciplina del Fondo pensioni (§ 5s.), risulteranno poi dissolte quelle incertezze, che spiegano il contegno delle parti in giudizio e prima del giudizio.

4. Ai fini principali della Società Unione Mutuo Soccorso, che lo statuto fissa nell'art. 2, corrispondono i requisiti per l'ammissione dei soci. Cittadinanza e capacità d'agire sono propriamente requisiti (art. 4 c.1 lettera a); e si accompagnano all'assenza documentata di cause d'indegnità formali od informali (art. 4 c.1 lettere b-d). Alla cittadinanza sammarinese viene equiparata la residenza per i cittadini stranieri (art. 4 c.1 lettera e). Così ampio risultando il corpo sociale, al funzionamento di questo è necessario un organo collegiale, che dalla totalità dei soci (assemblea) derivi per elezione (art. 19 c.1) la pienezza dei poteri.

Dai fini dell'associazione perciò discendono così i requisiti di ammissione, come la struttura della società. Che non tanto si impernia sull'assemblea, quanto sul consiglio direttivo. Fra le associazioni lecite di cittadini (art. 6 c.1 L. 8 luglio 1974 n.59), la S.U.M.S. presenta caratteri singolari, che impediscono di assimilarla ad ogni altra società, costituita da *"più persone [...] residenti per uno scopo comune non lucrativo"* (art. 4 L. 13 giugno 1990 n.68) – e si badi, tra persone, cittadini o stranieri, *"che siano in maggioranza residenti nella Repubblica"* -. Frutto di equivoci gravi, e misconoscimento dei caratteri che distinguono la S.U.M.S. tra le formazioni sociali presenti nella Repubblica, sarebbe evocare *"principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese"*, per di più connotati dal tratto della costituzionalità – ma del resto non individuati, come pure sarebbe necessario -; e paventare che lo statuto della S.U.M.S. *"esautorì i soci"* – come se del resto l'ordinamento repubblicano assoggettasse l'autonomia privata ad un sindacato di costituzionalità -. Inesplicabilmente il Giudice delle Appellazioni si trovò ad opinare così, nel motivare in questa causa la sentenza del 18 gennaio 1994 (p. 6, dove pure non sembrò alieno dal datare al 1876 lo statuto vigente della S.U.M.S., approvato il 29 luglio 1984). E con retorica preterizione sorvolando sul *"problema della democrazia societaria"*, quel giudice credette di poter stigmatizzare *"un assetto sociale che [...] spogli i soci di ogni potere deliberante trasformandoli in meri elettori delle cariche sociali"*. Errori da evitare, consistenti nella trasposizione indebita delle categorie pubblicistiche ad esperienze di mera autonomia privata; errori insidiosi e paragonabili a quelli che accompagnarono la pretesa abolizione legale dell'accomandita, o addirittura le dettero motivo (*Rivista di diritto civile* 1994, I, p.145 e n.8).

Una diagnosi attenta di quel fenomeno singolare che è la S.U.M.S. – e conforme del resto al diritto comune e al disposto legale (art. 4 c.1 L.68/1990), che la vuole *"regolata dagli accordi degli associati"* – pone in luce il nesso che stringe il consiglio direttivo all'assemblea, che è un rapporto organico di singolare fattura. A differenza di quanto risulta per i tipi sociali scolpiti dalle norme, l'assemblea è il corpo elettorale che si rappresenta nel consiglio direttivo, non è un organo essa stessa della S.U.M.S. Accantonando i profili minuti, pure significativi, basti considerare che le competenze statutarie dell'assemblea sono speciali, tassativamente elencate (art. 12; ed artt. 10 c.3, 19 c.1, 22, 28, 29 c.2, 30, 33); mentre generali sono quelle del consiglio direttivo (art. 20), integrate coerentemente (artt. 5, 7, 8, 10 c.3s., 32), ma culminanti soprattutto in una facoltà di proposta, che all'assemblea conferisce qualunque competenza consiliare (art.

12 c.1). I più saldi canoni ermeneutici impediscono di ritenere valicabile il riparto statutario delle materie, sotto il profilo delle competenze, con l'ordine del giorno formato dal presidente su proposta scritta di cinquanta soci (art. 12 c.2). Quest'ultima ipotesi del resto forma eccezione alla regola, per la quale compete al consiglio direttivo promuovere la convocazione dell'assemblea (art. 12 c.1), che viene disposta dal presidente (art. 13, 22).

Ciò visto, risulta pure evidente che per lo statuto della S.U.M.S. il consiglio direttivo non si atteggia come un consiglio d'amministrazione verso l'assemblea di una società – restando ovvio per altro che al consiglio spetti “*l'applicazione delle delibere della assemblea dei soci*”, come dispone l'art. 20 c.2 dello statuto -. Sembra questione di lessico, ma è di sostanza: un alone semantico circonfonde le due locuzioni e rende impercettibili i tratti che distinguono l'assemblea, qual è disciplinata nello statuto della S.U.M.S. Ed al contrario nel linguaggio dei soci medesimi può sentirsi chiamare “*consiglio d'amministrazione*” il consiglio direttivo (fin dall'intestazione della proposta che il Reffi presentò l'8 marzo 1988); ma pure nel linguaggio dei giuristi più attenti (come nella comparsa conclusionale della difesa Reffi dinnanzi al Commissario della Legge, 20 giugno 1990). Equivoci gravi, perché favoriscono l'insorgere di conflitti, esclusi dal preciso tenore dello statuto. E rendono comprensibile d'altro canto la tenacia, con la quale il Reffi ha insistito nel suo proponimento, come chi rivendichi la sovranità dell'assemblea contro le prevaricazioni di un'oligarchia dispotica. Nel fervore del dibattito è accaduto alla stessa difesa della S.U.M.S. di qualificare “*l'assemblea organo sovrano*” (Memoria conclusionale al Commissario della Legge, p.12).

Risulta pure evidente che la competenza regolamentare, fissata per materie certe con l'art. 32 dello statuto, appartiene originariamente al consiglio direttivo; e quando sia stata comunicata dallo stesso consiglio all'assemblea (art. 12 c.1), questa non la esercita e ritiene come prerogativa. Con altre parole, il conforto di una delibera assembleare non giunge a snaturare i regolamenti previsti con l'art. 32 dello statuto; i quali sono e restano atti normativi del consiglio. Non attribuisce all'assemblea quelle materie, sulle quali per statuto è competente il consiglio direttivo. E d'altro canto sarebbe degno di un aristotelico favoleggiare di oligarchie consiliari, negatrici della democrazia societaria.

E' necessario insistere. Per statuto i regolamenti competono al consiglio direttivo (art. 32). E se questo può far iscrivere all'ordine del giorno dell'assemblea “*oggetti di*” propria “*competenza*” (art. 12 c.1) – ad esempio, un regolamento per le pensioni – esercitando questa facoltà non si spoglia di alcuna prerogativa statutaria. Chi ciò volesse ritenere, riterrebbe pure che il consiglio direttivo possa modificare lo statuto con un proprio atto, contro l'espressa disposizione dell'art. 34.

Ma conviene aggiungere che se il consiglio direttivo potesse in qualche maniera assimilarsi ad un consiglio d'amministrazione, neppure la singolarità della S.U.M.S., quale è scolpita dallo statuto, farebbe scandalo nell'ordinamento sammarinese. Il Tribunale Commissariale ha ben dovuto ritenere che nelle società anonime, regolate allora dalla L. 21 dicembre 1942 n.45, “*spettano agli amministratori tutti i poteri di gestione della società ([...] entro il limite dell'oggetto sociale specificato nell'atto costitutivo), a meno che dalla legge o dallo statuto [...] siano attribuiti esclusivamente all'assemblea*”, “*non potendosi perciò distinguere tra poteri di amministrazione ordinaria e straordinaria e poteri di disposizione*”; ha dovuto constatare che “*i poteri degli amministratori non sono soltanto esecutivi, ma anche deliberativi, eccetto [...] per le operazioni la cui deliberazione è dalla legge o dallo statuto riservata all'assemblea*”

(T. Comm. 16 novembre 1957, c. 418/1956, G.S. 1964, p.76s.). Viene travolto così ogni più delicato dubbio che il Giudice delle Appellazioni possa aver coltivato su un qualche esautoramento dell'assemblea sociale a vantaggio del consiglio direttivo (sentenza del 18 gennaio 1994, p.6); e preclusa quella sorta di *diabolica probatio* che egli stesso volle tentare (p. 5s.).

5. Si dà il caso che la controversia presente offra un chiaro esempio di tutto quanto risulta da una lettura attenta dello statuto. Il *Regolamento per le pensioni e le quote di appartenenza alla Società Unione Mutuo Soccorso*, “emanato dal consiglio direttivo” come sancisce l’art. 32 dello statuto, ed approvato peraltro dall’assemblea il 15 dicembre 1984, fissa l’importo della pensione con l’art. 4; e con l’art. 6 stabilisce che le modifiche dello stesso regolamento “*competono [...] <all’assemblea> dei soci*”. E’ l’innocuo effetto di un mero trascorso scrittorio, se nella copia notarile del Regolamento, agli atti di causa, e nell’originale, collazionato su mia richiesta dagli uffici (biglietto n.2921 della Segreteria Esecutiva, 28 giugno c.a.), si legge: “*Le modificazioni al presente regolamento sono di competenza dei soci*”. Ora nessuno potrebbe dubitare che ogni mutamento nella disciplina delle pensioni, pur limitato all’importo di queste, sia una modifica del regolamento stesso. E nessuno potrebbe dubitare che la proposta modifica debba iscriversi come tale all’ordine del giorno dell’assemblea, in osservanza dell’art. 15 dello statuto: debba essere espressa. E che una diversa procedura, modificando il riparto statutario delle competenze possa ben seguirsi, ma unicamente previa modifica dello statuto. La quale richiede una maggioranza qualificata, formatasi in un’assemblea “*appositamente convocata*” (art. 34 dello statuto). Detto in altra maniera, la modifica del Regolamento, quale che sia, non può mai ritenersi implicita in una delibera che tocchi il solo ammontare degli assegni periodici.

La proposta avanzata da Alessandro Reffi (e da altri 53 soci) con l’istanza dell’8 marzo 1988 era perciò ammissibile. E bene il Presidente la iscrisse all’ordine del giorno dell’assemblea, come gli imponeva l’art. 12 c.2. Ma la delibera dell’assemblea, per il sistema dello statuto (ora tracciato), richiedeva al fine di modificare il Regolamento la conforme delibera del consiglio direttivo, cui per statuto compete la funzione regolamentare. Una tale delibera non risulta dagli atti, da questi anzi risultando l’unanime avviso contrario del consiglio. Non si vede la ragione per cui le parti non abbiano mai dibattuto questo punto essenziale.

Ciò del resto sfuggiva e purtroppo sfugge al Reffi, che tutto sembra confidare sul potere sovrano dell’assemblea (bella formula suasiva, come si è visto nel § 4, ma priva di rispondenza nella disciplina statutaria della S.U.M.S.). E sull’art. 6 del Regolamento 1984 ritiene fondata la propria iniziativa. Ma esce in tal maniera dal sistema, che risulta dalla tensione fra questo articolo del regolamento e l’art. 32 dello statuto, e così richiede la concorrente delibera del consiglio direttivo. L’osservatore partecipe di questa vicenda vede come la bontà del fine abbia distolto il Reffi e gli altri soci dal ponderare il mezzo impiegato e dal saggiarne la congruità. Per giungere al fine cui essi miravano era necessario seguire la via tracciata da Statuto e da Regolamento; non bastava una delibera dell’assemblea quale che fosse. Ancora meno utile doveva rivelarsi il suscitare un conflitto, clamoroso quanto impossibile (ed anzi putativo), fra l’organo collegiale della società e l’assemblea dei soci, un conflitto che il Giudice delle Appellazioni rappresenta, con enfasi giustificata, come “*crisi istituzionale*” (p. 10).

Senza indulgere a congetture di varia indole, che distrarrebbero dal problema principale, l’osservatore di questa vicenda soggiunge una considerazione. Dovendo insieme dare

“*applicazione alla delibera dell’assemblea*” (come gli imponeva l’art. 20 c.2 dello statuto) e piena “*esecuzione alle norme statutarie*” che riservano al consiglio direttivo la materia dei regolamenti (art. 32) – “*norme statutarie*”, la cui modifica spetta ad un’“*assemblea appositamente convocata*”, e richiede una maggioranza qualificata di voti (art. 34) – stretti nell’aporia il Presidente della S.U.M.S. ed il Consiglio Direttivo seguirono il partito più rispettoso verso l’assemblea e verso la disciplina statutaria: misero a disposizione dell’assemblea il mandato ricevuto. Il Consiglio convocò un’assemblea dei soci, esercitando una prerogativa sancita nell’art. 12 c.1 dello Statuto. In stretta ed evidente connessione, l’assemblea del 9 aprile 1989 respinse le dimissioni rassegnate dal Presidente e dalla maggior parte dei consiglieri; e quanto all’aumento dell’assegno mensile ai soci anziani, deliberò di “*riconfermare le delibere del 7 marzo 1987 e del 27 marzo 1988*”. Nessun fatto d’assemblea avrebbe potuto essere più concludente di questo, come nella sua laconicità eloquentissimo era del resto l’ordine del giorno inviato ai soci. Alla vigile intelligenza ed alla solerzia dei quali recherebbe offesa il solo dubitarne (anche se a dubitarne sia incline il Giudice delle Appellazioni, p.9).

All’osservatore spassionato non sfugge la tempestività dell’atto con il quale veniva convocata l’assemblea del 9 aprile 1989, per il termine di rispetto fissato nell’art. 13 dello statuto, se egli appena ricordi che l’art. 3 del Regolamento (in vigore dal 1984) dispone il pagamento trimestrale delle pensioni. Nessun “*effetto retroattivo*” della corrispondente delibera assembleare, come quello paventato dal Giudice delle Appellazioni (sentenza del 18 gennaio 1994, p.10), ma preciso riguardo al termine, scaduto il quale matura per ciascun socio il diritto alla singola rata di pensione. Questo punto si riguarderà sotto un altro profilo nel § 7.

6. Istituita con una delibera del 10 maggio 1902, la Cassa pensioni della S.U.M.S. attinge da allora ad uno speciale Fondo pensioni, costituito nel patrimonio della società (sulle prime vicende della Cassa, P. Franciosi, *Relazione* per l’anno 1899, rist. G. Rossi, *La S.U.M.S. etc.*, San Marino 1976, pp. 23-25; P.P. Guardigli e S. Nespolesi, nella *Storia illustrata della Repubblica di San Marino* II, 1985, p. 438). Cassa e fondo “*cominciarono a funzionare di per sé*” – Pietro Franciosi da carducciano scriverà così – almeno “*dal settembre*” del 1910 (*Per la Cassa pensioni*, articolo del 2 luglio 1911, rist. *Scritti giornalistici* I, San Marino 1986, p.523). Una delibera sociale del giugno 1911 disciplinerà la Cassa e il fondo con “*uno schema di regolamento*”, che riceverà “*la sanzione del Gran Consiglio*”: tale sarà il D. 14 luglio 1911 (*Supplemento alla raccolta delle leggi e decreti*, Città di Castello 1915, p. 168s.). Nessuna commistione qui di autonomia privata e norma statale, questa mandando alla S.U.M.S. di curare “*l’iscrizione alla Cassa nazionale pensioni*” degli “*operai sammarinesi d’ambo i sessi non facenti parte della società stessa*” (art. 9). Un episodio che meriterà studi attenti, come un tornante nella storia dell’autonomia collettiva – basti considerare l’involuzione che a questa sarebbe stata imposta nel Regno d’Italia con la L. 3 aprile 1926 n.563; e vedere bene come il D. 14 luglio 1911 attribuisse efficacia generale all’atto di una collettività privata -.

Nel febbraio 1989, quando si svolsero i fatti che hanno dato origine alla causa numero 111 del 1990, il fondo pensioni era sottoposto alla disciplina sancita nel regolamento del 15 dicembre 1984. La difesa del Reffi nella memoria conclusionale del 25 novembre 1993 al Giudice delle Appellazioni (p. 4) ritenne che “*il Consiglio Direttivo non avesse ancora provveduto ad emanare [un] tale regolamento*”, previsto nell’art. 32 dello statuto; un’opinione affatto inesplicabile, il cui fondamento sfuggirebbe all’indagine più

puntigliosa (la stessa difesa richiamò il successivo regolamento, approvato il 2 dicembre 1989, che resta fuori discorso, come è ovvio). Per l'art. 1 del regolamento 1984 una parte del patrimonio sociale, destinata nel bilancio della S.U.M.S. al fine che l'art. 3 lettera c dello statuto prefigge alla società, ed accresciuta dei contributi versati dai soci (art. 2 del regolamento; cfr. art. 3), è soggetta ad amministrazione separata (viene “*gestita autonomamente*”). A questo fondo si attinge per “*la elargizione regolare delle pensioni ai soci che ne hanno diritto*” (art. 1), che presentino cioè i requisiti posti nell'art. 4; a questo fondo, non ad altre voci del bilancio sociale. Il fine per cui la somma determinata nell'art. 2 è costituita in fondo ad amministrazione autonoma è di “*garantire*” il pagamento delle pensioni (art. 1). Osservato il fenomeno da un punto di vista convergente, quella parte del patrimonio sociale, che è il fondo costituito a garanzia delle pensioni, risulta vincolata al pagamento di queste. Deriva da ciò un effetto duplice: **il fondo non può impiegarsi ad altri fini sociali, ed all'inverso il residuo patrimonio della società non può utilizzarsi per il pagamento delle pensioni**. Questo è il punto della controversia, confusamente intravvisto dalle parti, irrette in una sorta di prospettiva pubblicistica (§ 4). Quando il fondo pensioni era disciplinato dal Regolamento del 1984, né i mezzi costituenti il fondo pensioni avrebbero potuto distogliersi dall'impiego sancito con l'art. 1 del Regolamento, né senza formale modifica di quella disciplina avrebbero potuto impiegarsi altre voci del bilancio al fine cui era destinato il fondo.

**Ora tutti vedono che garanzia è la destinazione di un bene al soddisfacimento di un credito, disposta per norma o per fattispecie volontaria; ed è simmetrica alla responsabilità per l'inadempimento di quel debito.** Se sfugge ai più la correlatività delle due figure, essa non è meno stringente. La disciplina che nel 1989 regolava il fondo pensioni non potrebbe apprezzarsi adeguatamente, quando il nesso originario fra garanzia e responsabilità riguardo all'obbligazione restasse inavvertito. Se una parte del patrimonio sociale era vincolata per garanzia delle obbligazioni costituite verso i soci a titolo di assegno periodico, per “*l'elargizione regolare*” di tali assegni si attingeva a questa, non ad altra voce del bilancio. Come i patti convenuti fra i soci avrebbero limitato la responsabilità di costoro verso i terzi cui fossero noti (a schietto diritto comune dovette decidere in tal senso Vittorio Scialoja: G.d.A. 12 agosto 1924, c. 69/1921 e c. 6/1922, G.S. 1924, p. 18a e p.20b), così la costituzione del fondo in virtù di un Regolamento sancito a norma dello Statuto limitava la responsabilità della S.U.M.S. verso i soci pensionati o pensionabili, giacchè limitava la garanzia posta dalla società a salvaguardia dei loro crediti – ben s'intende, finchè restasse in vigore quella disciplina del fondo, che trovando il suo fondamento nello Statuto ne rifletteva la natura pattizia -. Da ciò l'insormontabile ostacolo ad ogni atto degli organi sociali, o ad ogni delibera dell'assemblea, che producesse il superamento del medesimo limite, ma non conseguisse ad una modifica della disciplina istitutiva del fondo.

Dinnanzi al disposto del Regolamento, manifestazione di autonomia privata inequivocabile, non giova ragionare di sommi problemi od evocare antitesi drammatiche (“*sistema della capitalizzazione*” contro “*sistema della ripartizione*”). Il modello pubblicistico può dare spunto ad argute considerazioni, può ispirare giudizi d'indole politica su ogni altro ordinamento – ed in specie sulle vicende correnti in Italia – ma allontana dalla disciplina che regolando il fondo pensioni della S.U.M.S. in quella maniera, e non in altra, garantisce ai soci le loro aspettative.

7. Considerata come si deve alla stregua dello Statuto sociale e del Regolamento pensioni allora vigente, la delibera invocata dal Reffi, e posta a base della sua domanda in giudizio, risulta palesemente irrituale, come per altro si è osservato nel § 5; ed inetta perciò a generare alcun affidamento. Condurrebbe lontano dalla disciplina sammarinese dell'autonomia privata, specificare il genere di invalidità che affligge quella delibera; e tentare di ridurla nei calchi di una dogmatica estranea al diritto comune, elaborata da autorevoli dottrine con riguardo a discipline codificate. La difesa del Reffi prodigava tesori d'ingegno, nel piegare al caso un disposto dell'art. 2377 del codice civile vigente in Italia (secondo la nota lettura ferrariana), mentre tentava peraltro di accostarlo ad una previsione dell'art. 35 L. 21 dicembre 1942 n.45, (vigente nel 1989). Quest'ultimo regolava del resto l'opposizione dei soci alle delibere "*contrarie alla legge o allo statuto*" nelle società anonime – e se applicabile, avrebbe giovato non di meno alla difesa della S.U.M.S., qualora questa avesse voluto trarre argomento *e contrario* dal c.4 dello stesso articolo -. Pregevoli sforzi diagnostici, ma vani risultano, appena si consideri la specialità della S.U.M.S. (chiarita nel § 4). Non altrimenti il Giudice delle Appellazioni qualificava celiando "*il sistema delle nullità*" come "*un'invenzione dei nostri colleghi medievali e moderni*" (p. 4. Mai sapremo se alludesse con queste parole ad Accursio e Bartolo, a Giovanni Battista De Luca ed a Carlo Federico Savigny, senza escludere Francesco Ferrara *iunior*) e si dava a distinguere "*nullità assoluta*" e relativa, da un canto, ed "*annullabilità*" dall'altro (p. 8. Conviene ricordare che tra nullità e annullabilità non è differenza di grado, ma antitesi). Categorie alle quali ripugna la plastica esperienza dei privati nell'ordinamento sammarinese – finchè la Repubblica rimarrà terra di diritto comune -. A quelle figure, come del resto a tutta l'esperienza che si svolge in altri ordinamenti, il giurista ed il magistrato sammarinese debbono guardare con somma cautela, se vogliono evitare i danni di un mimetismo irriflesso. Basti ricordare come a grande prudenza li esortassero costantemente Arturo Carlo Jemolo e Guido Astuti (riferimenti nella *Rivista internazionale di diritto comune* 1994, p. 154 n.115). Ma queste ragioni di indole generale vengono a specificarsi.

Come ognuno sa, in diritto comune l'analogia ricalca il trattamento di una fattispecie, non considerata da alcuna norma, sulla disciplina che regola una fattispecie simile (*Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, X, Torino 1993, p. 18). Il tratto della somiglianza, che si risolve nell'identità dei rapporti, dà il criterio per questa individuazione. Scrivendo così, mi conformo al disposto dell'art. 5 L. 21 ottobre 1988 n.106: traduco le più note formule, stilate dai maestri del diritto comune sulle norme giustinianee che regolavano i fatti normativi di secondo grado: *Ubi eadem ratio, ibi idem ius*, restando inteso perché ovvio che tutte e soltanto le *pares causae* richiedono *paria iura*, giacchè *de similibus idem debet esse iudicium*. Se fosse il caso di *imitari quod per Italiam observatur*, come disponevano gli statuti sammarinesi con la norma del Lib. II, tit. 64 *De sucessionem parentum ab intestato: extantibus masculis femine non succedant*, § 456, saggiamente abrogata per l'art. 137 L. 26 aprile 1986 n.49; se contro gli ammonimenti di Arturo Carlo Jemolo e di Guido Astuti, fosse da esemplare la definizione di questa controversia sulla disciplina sancita nell'art. 2377 del codice civile vigente nella Repubblica Italiana, non di meno mancherebbe la necessaria *similitudo* fra la S.U.M.S. e le società per azioni disciplinate nel codice civile italiano. Come si è visto (§ 4), nella S.U.M.S. la relazione che stringe l'assemblea dei soci ed il Consiglio Direttivo risulta affatto diversa da quella che intercorre tra l'assemblea degli azionisti e gli amministratori. Chi tenga presenti i fini della S.U.M.S. vede bene che il rapporto

(*ratio*) tra i due termini è affatto diverso, come del resto diversi risultano la struttura ed i fini di una società per azioni, da un canto, e quelli della S.U.M.S. dall'altro. E tanto diversi quanto lo sono i soci di questa – come si evince dal disposto dell'art. 30 dello Statuto, che meriterebbe una disamina puntuale – e gli azionisti di una società costituita per fine di lucro (ciò sia detto senza alcun riguardo moralistico), partecipi del patrimonio sociale. Resta esclusa dunque l'analogia, mancandone il presupposto.

La palese irritualità della delibera assembleare del 26 febbraio 1989, per difformità dalle procedure sancite nello statuto, la rendeva *nullius momenti*, come del resto ogni fattispecie *irrita* – per usare il lessico di Pomponio (D. 24, 1, 31, 4), come solevano i maestri del diritto comune -. Si intende appieno così il prosieguo della vicenda, meglio assai che attardandosi nella contemplazione di un conflitto impossibile tra assemblea e consiglio direttivo, considerando nella sua schiettezza il contegno di questo dinanzi ad una delibera irrituale. Sullo schema elegante, che la pratica e la dottrina del diritto comune storico avevano elaborato con precipuo riguardo a fattispecie inette a costituire vincoli obbligatori (quelle raccolte dalla scuola nella figura della *geminatio*, sottoposte dal giovane Astuti ad indagini magistrali, con succinta palinodia negli *Annali di storia del diritto* 1957, p. 33), il consiglio direttivo rimise di nuovo all'assemblea l'oggetto di quella delibera 26 febbraio 1989, che per essere *irrita* doveva riconoscersi come *nullius momenti*. La discussione del “Bilancio sociale al 31 dicembre 1988 e [delle] relazioni del Consiglio direttivo e del Collegio sindacale” portava finalmente nel suo contesto integro l'oggetto, partitamente deliberato nella seduta del 26 febbraio; e nell'ordine del giorno avrebbe preceduto quella sulle “Dimissioni del Presidente, di sei membri del Consiglio direttivo e [sui] provvedimenti conseguenti”. Poco si intende, se nell'assemblea del 9 aprile 1989 si vede soltanto un episodio nella *crisi istituzionale* in cui versava la S.U.M.S. ( per usare ancora una volta le parole del Giudice delle Appellazioni), il conflitto che contrapponeva nell'assemblea un gruppo di soci alla presidenza della società ed al consiglio direttivo, il dissolversi di un'occasionale maggioranza nell'assemblea stessa; e se nella causa presente si vede soltanto l'estremo tentativo di quel gruppo di soci, tornata minoranza. Riconoscendo all'assemblea il potere di “*verificare la legittimità e la coerenza della recente delibera, con la quale si era deciso l'aumento della pensione ai soci anziani senza rispettare il regolamento in vigore*”, così formulando un quesito contraddistinto dalla forte suggestività, il Presidente apriva l'alternativa: il rinnovo di quella delibera irrituale, oppure una delibera conforme a Statuto e Regolamento. La prima sarebbe stata una *geminatio*, ed avrebbe sanato quanto di irrituale insidiava la delibera del febbraio, convalidando questa in conformità alle tecniche dell'*iteratio*, praticate e teorizzate nel diritto comune (chi si attardasse nella ricerca immetodica di analogie, potrebbe vedere un relitto della *geminatio* medievale nel c.4 dell'art. 2377 c.c., quasi equivalente alla convalida di un contratto annullabile, prevista nell'art. 1444 dello stesso codice vigente in Italia). Ed una tale *geminatio* non si ebbe. Rinnovando al contrario, quanto aveva già ripetutamente disposto in piena conformità alla disciplina del Fondo pensioni, l'assemblea ritirava “*la recente delibera*” innovativa, con effetti dalla data di questa (per uno spunto diverso, ma convergente, § 5). Su essa la delibera del 9 aprile 1989 produceva del resto, per quanto riguarda gli obblighi gravanti sugli organi sociali, quegli effetti che i maestri del diritto comune costruivano sul testo di Ulpiano D. 46, 2, 1 pr. – e riassumevano compendiosamente nel nome antico di *nouatio* -: sostituendoli nella misura e secondo le modalità deliberate più volte, li



estingueva. Tale è il carattere distintivo di quella connessione tra fattispecie vincolanti, cui davano il nome di *novatio* i maestri del diritto comune.

8. Il nesso funzionale fra garanzia e credito, dall'un canto, ed obbligazione e responsabilità, dall'altro, quale risulta netto per la disciplina del Fondo pensioni, sancita dalle convergenti norme dello statuto e del regolamento (§ 6), rende chiaro a tutti che l'irritualità della delibera del 26 febbraio 1989 non è un tratto da riguardare con sprezzatura, come se consistesse nella mancanza di una vuota formalità – e da ritenere sanato per il medesimo atto "dell'organo sovrano", cui sarebbero seguiti senz'altro i provvedimenti di esecuzione imposti al consiglio direttivo in linea generale dall'art. 20 c.2 dello Statuto, come se le pensioni fossero sottratte alla speciale disciplina dell'art. 32 e del Regolamento -. La disciplina del Fondo pensioni è posta sì a presidio del patrimonio sociale, ma salvaguarda insieme la solvibilità della S.U.M.S. rispetto alle obbligazioni che in quella disciplina trovano il proprio fondamento. Alle stesse procedure fissate dalla società con lo Statuto e con il Regolamento in materia di pensioni deve perciò riconoscersi una funzione, ben altro che secondaria, di salvaguardia nei confronti dei potenziali creditori, vale a dire dei soci in quanto titolari dell'aspettativa sancita nell'art. 3 lettera c dello Statuto. Basti considerare infatti che ad ogni creditore interessa la piena solvibilità del debitore non tanto per la generale garanzia costituita dall'intero patrimonio di costui, composto indifferentemente da tutti i beni; quanto per la speciale riserva di una parte di questi, sufficiente all'adempimento dell'obbligazione - in tale riserva consistendo la garanzia costituita per il soddisfacimento del suo credito -.

Come quella delibera del 26 febbraio 1989 era palesemente *irrita*, così era *inutilis* nel senso proprio di inetta a raggiungere il suo stesso fine, poiché la garanzia attiene alla struttura del rapporto credito-obbligazione, considerate come si deve nella loro corrispettività queste due posizioni soggettive (§ 6). A tale riguardo un conflitto d'interessi fra potenziale creditore e potenziale debitore risulta inconcepibile – ben oltre i caratteri di mutualità che distinguono la S.U.M.S. -. Detto con altre parole, l'irritualità della delibera si risolveva in insufficienza al fine cui mirava il Reffi con lo stesso promuoverla.

Se il Reffi e gli altri soci ritennero la delibera del 26 febbraio 1989 come rituale, ciò non basta ad attribuirle quella conformità alla complessa disciplina del Fondo pensioni, che le manca. E se del resto non avvertirono il perentorio effetto novativo, che sul punto da loro proposto all'assemblea e deliberato nella seduta del 26 febbraio, produceva la delibera del 9 aprile 1989 (effetto appena ora chiarito nel § 7), ciò non basta a trasformare da *inutilis* ad efficace la delibera novata, a dare fondamento perciò alla domanda del Reffi. Da quel socio esemplare che egli è, tornando a meditare con serenità la vicenda, il Reffi riconoscerà volentieri che le procedure sancite nello Statuto e nel Regolamento, se appaiono come limiti imposti alla versatile iniziativa dei soci, sono piuttosto mezzi posti a salvaguardia delle aspettative che i soci stessi fondano sulla disciplina del loro sodalizio. Sicchè alla puntuale osservanza di tali procedure tutti i soci sono gelosamente interessati, non soltanto quelli cui sia attribuito il compito di amministrare i beni della S.U.M.S.

L'osservatore spassionato di questa vicenda non può scambiare del resto gli auspici, tenacemente formulati dal Reffi e da altri soci, per fattispecie meritevoli di tutela nell'ordinamento, cioè per eventi produttivi di effetti giuridici. Mentre dall'attenta ponderazione dei dati risulta che la delibera del 26 febbraio 1989 fu improduttiva di

effetti per la sua palese irritalità; e che se valida, fu novata nella delibera del 9 aprile, con tutte le conseguenze già viste (§7).

9. Per questi motivi concorrenti deve ritenersi che bene il Commissario della Legge abbia respinto la domanda del Reffi, come fondata su un titolo improduttivo dell'effetto perseguito dall'attore. E che la sentenza pronunciata il 1° dicembre 1992, pubblicata il giorno 18 di quel mese, meriti conferma dinanzi al Consiglio dei Dodici, grazie alla delibera che a questo Consiglio compete in osservanza del tit. 7, Lib. V delle *Leges Statutae* (§§ 698-709), rinnovato nell'art. 2 n.1 della L. 5 giugno 1923 n.13 e nell'art. 5 c.2 della L. 28 ottobre 1992 n.83.

Diversi da quelli che il Commissario della Legge pose a fondamento della propria decisione, i motivi ora esposti si aggiungono ad essi, come del resto esigono i caratteri salienti che distinguono l'istituto della terza istanza. Questo rende a tutti evidente l'unità della giurisdizione, in specie quel carattere della cognizione che ne fa un procedimento: proiettando su un solo piano le discordanti pronuncie, individua fra due sentenze inconciliabili di primo e di secondo grado quella che dovrà valere come giudicato secondo la formula maggioritaria – quasi che i successivi giudici componessero un solo collegio -. E presuppone distinto il disposto dalla motivazione. Questa in un ordinamento a diritto comune, fatto salvo il requisito della sufficienza o persuasività, può ben risultare molteplice, giacchè la pluralità dei motivi in diritto corrisponde puntualmente alla struttura del sistema sammarinese – ciò che potrebbe sembrare, a giuristi di codice, una ridondanza, come accadde a W. Bigiavi, *G.I.* 1967, I, 2, c.182 (quando pure lodo la decisione del G.d.A. 30 luglio 1963, c.163/1961) -. Non si dimentichi per altro che in giudicato passano i disposti, non già i motivi. Ridondante sarebbe, al contrario, ed affatto superfluo sottoporre ad un vaglio minuzioso i motivi che sorreggevano la sentenza pronunciata dal Giudice delle Appellazioni il 18 gennaio 1994; e conveniente piuttosto a un dibattito d'indole scientifica (§ 3), da riservare alla sede opportuna, con pieno sviluppo dei concludenti rilievi critici qui accennati (§§ 4, 5, 6, 7).

---

**SEZIONE SECONDA – DECISIONI DI SECONDO GRADO**

---

**1.**

Magistrato del Lavoro di Appello (Prof. Avv. Piero Gualtieri), 8 marzo 1991, n. 50<sup>24</sup>.

S.A. C. e C. (Avv. G.B. Busignani) : Confederazione Sammarinese del Lavoro e Confederazione Democratica dei Lavoratori Sammarinesi (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 309, anno 1990.

**Lavoro – Licenziamento collettivo – Attività antisindacale – Repressione.**

*L'imprenditore che, intendendo cessare la propria attività aziendale, omette di rispettare le procedure previste a carico del datore di lavoro nel caso di licenziamento collettivo dei dipendenti, pone in essere una condotta antisindacale, che deve legittimamente reprimersi.*

---

**FATTO**

Con ricorso del 26 novembre 1990 la Confederazione Sammarinese del Lavoro e la Confederazione Democratica dei Lavoratori Sammarinesi hanno richiesto ai sensi dell'art. 10, comma primo, della legge 11 marzo 1981 n.23, che il Magistrato del Lavoro ordinasse alla s.a. C. & C. di cessare il comportamento antisindacale già posto in essere, rimuovendone gli effetti.

Esponevano entrambe le parti attrici che la s.a. C. & C. era stata posta in stato di liquidazione volontaria e che – in conseguenza a tale situazione e su precisa indicazione del liquidatore – la predetta società avrebbe proceduto alla cessazione della propria attività.

La società convenuta aveva proceduto a comunicare a tutti i propri dipendenti il licenziamento, senza dar corso alla procedura prevista dall'art. 19 della legge 4 maggio 1977 n.23.

In ordine ai fatti contestati – peraltro non smentiti *ex adverso* -, le parti ricorrenti hanno dedotto che il mancato rispetto della procedura prevista dalla legge per i licenziamenti collettivi, ed in particolare, la mancata comunicazione dei provvedimenti di licenziamento all'Ufficio del Lavoro e alle Organizzazioni Sindacali, ha loro impedito di ricercare una soluzione con il datore di lavoro, ai fini di tentare la conservazione di tutti o parte dei posti di lavoro.

La società convenuta ha eccepito che, in conseguenza allo stato di liquidazione volontaria, ha cessato l'attività e, pertanto, che il personale deve essere licenziato senza dover ottemperare agli obblighi di cui all'art. 19 della legge 4 maggio 1977 n.33, poiché tale norma fa riferimento esclusivamente a licenziamenti collettivi o riduzione di

---

<sup>24</sup> Conferma il decreto 3 dicembre 1990 del Magistrato del Lavoro.

personale: nella fattispecie si è invece in presenza di una ipotesi di cessazione di attività con licenziamento di tutti i lavoratori.

In ordine a tale asserita dichiarazione di cessazione della attività produttiva, la procura delle ricorrenti Organizzazioni Sindacali ha esposto anche che la società non ha definitivamente interrotto la lavorazione, richiamando, all'occorrenza, alcuni dipendenti già posti in Cassa Integrazione Guadagni.

Eccepisce il procuratore della Società convenuta che nel caso specifico non si è trattato di continuazione dell'attività, ma di ultimare esclusivamente le commissioni in corso di esecuzione e senza assumerne di nuove.

Assunte le sommarie informazioni, con decreto in data 3 dicembre 1990, il Magistrato del Lavoro ha ordinato alla convenuta s.a. C. & C. di cessare il comportamento tenuto e di dar corso a tutte le formalità richieste dall'art. 19 della legge 4 maggio 1977, n.23, rimuovendone gli effetti, in quanto, dalle sommarie indagini svolte, sono sembrate emergere limitazioni all'esercizio dell'attività sindacale.

Contro il decreto la convenuta s.a. C. & C. ha presentato opposizione ai sensi e per gli effetti dell'art. 10, comma secondo, della legge 11 marzo 1981 n.23, riproducendone le tesi difensive già assunte.

Costituitesi in giudizio, resistono all'opposizione entrambe le ricorrenti Confederazioni Sindacali.

In accoglimento delle istanze concordemente presentate da tutte le procure, le parti hanno rinunciato alla apertura dei termini di prova e controprova, richiedendo invece il termine per le finali allegazioni, ritenuto che la vertenza, già sufficientemente istruita, non presenta necessità istruttoria, trattandosi di questione di diritto sostanziale.

La convenuta opponente, a mezzo procuratore, così conclude nelle finali allegazioni in diritto: "dichiararsi il ricorso presentato in data 26 novembre 1990 dalla Confederazione Sammarinese del Lavoro e dalla Confederazione Democratica dei Lavoratori Sammarinesi del tutto infondato e illegittimo".

Nell'interesse delle Organizzazioni Sindacali il procuratore ha così concluso: "il ricorso va dunque respinto con condanna dell'appellante alle spese dell'intera procedura".

## DIRITTO

Il datore di lavoro ha posto in essere un comportamento con il quale in sostanza ha inteso risolvere il contratto di lavoro, o meglio i contratti di lavoro subordinati, per giustificato motivo oggettivo e cioè per ragioni inerenti all'attività produttiva dell'impresa.

Pertanto, il problema che si pone è quello di verificare se il datore di lavoro, nel totale licenziamento delle maestranze, avesse dovuto osservare piuttosto le norme che regolano il procedimento dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale, dettate dall'art. 19 della Legge 4 maggio 1977, n.23.

Dalla *ratio* della predetta norma si evince che **l'istituto dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale, è collegato alla tutela del diritto al lavoro, e più in particolare è posto a garanzia dell'interesse generale dell'occupazione, per salvaguardare, anche in forma specifica, le posizioni dei lavoratori.**

Tuttavia il cap. III della citata Legge, pur avendo nei suoi contenuti tali determinate funzioni, non offre una precisa e tassativa definizione delle singole ipotesi di licenziamento.

L'art. 18, dopo aver fatto riferimento ad alcune precise fattispecie – che poi sono quelle di cui al n.3 della Legge 28 ottobre 1975, n.37 -, lascia ampio spazio anche ad ipotesi di licenziamento del tutto indeterminate. La lettera della legge infatti, prevede espressamente anche “altre ragioni”, idonee al raggiungimento di quel risultato ultimo, che si individua solo nella procedura di licenziamento collettivo.

La casistica prevista dal citato art. 18 non può quindi ritenersi rigorosamente definita nella sua caratteristica strutturale, ma, sotto il profilo teleologico, si individua, sia nelle precise fattispecie elencate, cui *ex lege* è attribuita una loro tipicità, sia anche nella più generica, anzi generale, idoneità a tutelare il lavoratore nella fase di licenziamento.

Tale tecnica di individuazione della fattispecie, volutamente vasta, si correla alle finalità di realizzare un ampio controllo sull'esercizio delle facoltà del datore di lavoro, imponendo la tutela ed il rispetto delle procedure previste di consultazione con le Organizzazioni Sindacali e le altre rappresentanze.

Infatti, se è pur vero che, secondo l'art. 10 della legge 8 luglio 1974, n.59 della dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'Ordinamento Sammarinese, l'iniziativa economica privata è libera, si deve anche affermare che essa, comunque, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale di un intervento delle Organizzazioni Sindacali costituite a tutela dei lavoratori. La libertà di iniziativa economica va temperata con tutte le altrui libertà e con gli altrui diritti, che parimenti la Carta dei Diritti, sempre all'art. 10, favorisce e tutela per ragioni di superiore interesse pubblico.

D'altra parte, argomentando da questi principi, si deve anche avvertire che, nell'ipotesi di cui all'art. 19, relativo alle procedure riguardanti i licenziamenti collettivi, la legge garantisce anche la presenza delle Associazioni dei datori di lavoro, non costituite in questo ricorso, le quali, in linea di principio, laddove invece risultino presenti e riconosciute nell'Ordinamento Sammarinese, devono connotarsi anche loro come altrettanti soggetti interessati al rispetto delle ricordate procedure.

Per altro, con la legge 4 maggio 1977 n.23 si è inteso superare il principio dell'arbitrarietà del licenziamento, ed il primo e preciso limite imposto attiene proprio alla forma col quale tale facoltà è esercitata, tanto che l'osservanza della forma prevista è requisito necessario ed essenziale per l'esistenza e validità di un licenziamento collettivo.

**All'uopo, il legislatore, codificando usi e norme relativi al licenziamento plurimo, ha inteso certamente condizionare l'attribuzione della facoltà di scioglimento del vincolo da parte del datore di lavoro, imponendo allo stesso un minimo di cautela e di formalità per evitare, almeno parzialmente, conseguenze dannose nella sfera giuridica del lavoratore.**

Ciò posto, il rilievo prospettato dalla società ricorrente, e cioè che la decisione dell'imprenditore di porre fine alla propria attività produttiva non costituisca una di quelle scelte imprenditoriali che qualificano il licenziamento di personale come collettivo, ai sensi dell'art. 18 della legge 4 maggio 1977 n.23, per il suo contenuto, non può essere condiviso.

Invero, non si vede perché dovrebbero subire gli effetti della applicazione della citata legge, solo le decisioni aventi per oggetto la riduzione dell'attività imprenditoriale ed il ridimensionamento della azienda e non anche più radicali decisioni che abbiano o perseguano la cessazione dell'esercizio dell'attività, quando la *ratio*, che presiede alle norme esaminate, è di voler tutelare il lavoratore proprio nella fase del licenziamento.

Negare, dunque, che in una simile fattispecie non possano trovare applicazione le garanzie procedurali previste dalla legge in tema di licenziamenti collettivi, equivale a trincerarsi dietro ad una costruzione del tutto formale, fuori dallo spirito della legge stessa, con il risultato di privare i dipendenti della tutela sindacale.

Si impedisce così alle Organizzazioni Sindacali di verificare, alla presenza dei pubblici uffici e in contraddittorio con la rappresentanza degli imprenditori, la sussistenza dei requisiti necessari per addivenire alla interruzione dei rapporti con i dipendenti.

Pertanto, deve confermarsi che la convenuta opponente s.a. C. & C., omettendo di rispettare le procedure previste a carico del datore di lavoro nel caso di licenziamento collettivo, ha posto in essere una condotta che ha impedito il regolare esercizio della attività sindacale, dando luogo ad un comportamento che deve legittimamente reprimersi ai sensi e per gli effetti dell'art. 10 della legge 11 marzo 1981, n.23, posto che l'intervento delle rappresentanze sindacali nel corso della procedura di licenziamento, è una delle più importanti espressioni riconosciute dall'ordinamento all'autonomia sindacale.

L'opposizione va dunque rigettata, confermando interamente il decreto del Magistrato del Lavoro e ponendo l'onere di tutte le spese a carico della parte soccombente.

## 2.

Giudice di Appello per la Conciliazione (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 3 aprile 1991, n. 62<sup>25</sup>.

Santi Simona (Avv. R. Fattori) : Bindi Iserio (Avv. L. Baccocchi) – Causa n. 75, anno 1989.

### **Cambiale – Atto di protesto – Azione cambiaria – Prescrizione.**

*L'atto di protesto di cambiale insoluta non ha rilevanza nei confronti del possessore per l'esercizio dell'azione cambiaria diretta contro il solo accettante.*

*L'azione cambiaria si prescrive nel termine di due anni.*

*Estinta l'azione cambiaria, può esperirsi l'azione di indebito lucro, soggetta anch'essa alla prescrizione biennale.*

---

(omissis)

## 3.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 26 agosto 1991, n. 204<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Riforma la sentenza del Giudice Conciliatore dell'11 gennaio 1989, inedita.

<sup>26</sup> Conferma la decisione di primo grado del 12 aprile 1985, inedita.

Terenzi Gianfranco (Avv. G.L. Berti) : Volpinari Pietro, Mario, Gino (Avv. G.B. Reffi)  
– Causa n. 479, anno 1979.

**Danno temuto – Azione – Requisiti – Perizia – Elemento probatorio.**

*Sono requisiti dell'azione di danno temuto: a) l'esistenza di un ragionevole timore di risentire un danno grave e prossimo; b) il possibile danno deve derivare da un immobile contiguo o vicino; c) il danno deve minacciare il fondo posseduto dal reclamante.*

*Il magistrato ha il potere – dovere di valutare le risultanze peritali come un particolare e qualificato elemento di riprova.*

---

**FATTO**

In data 1 dicembre 1979 gli attuali appellati avanzavano istanza esponendo che a seguito di opere intraprese dal Signor Terenzi per ampliare la propria azienda si era determinata una grave alterazione dei suoli di proprietà degli istanti, che aveva provocato lesioni agli immobili di loro proprietà, con il pericolo di danni ulteriori, oltre alla svalutazione economica dei beni. Citavano pertanto il Terenzi, per sentirne dichiarare la responsabilità in ordine ai danni patrimoniali, e lo diffidavano a dar corso ad opere che potessero ulteriormente porre in pericolo i loro beni.

Costituitosi in giudizio, e resistendo, il Terenzi, aveva luogo la prima fase di giudizio nel corso della quale si ammettevano documenti e veniva esperita una perizia affidata all'ing. Maurizio Grassi, coadiuvato dal geologo dottor Conrad Mularoni. Si ammettevano egualmente le perizie di parte, si ascoltavano in confronto il C.T.U. ing. Grassi e il perito di parte geom. Lonfernini, al termine le parti concludevano. La parte attrice Volpinari chiedeva l'accoglimento dell'istanza, con condanna del convenuto al pagamento delle somme determinate dal perito d'ufficio, da aumentarsi congruamente in relazione al tempo trascorso dalla data di esecuzione della perizia. Il procuratore della parte Terenzi chiedeva la reiezione dell'istanza per mancanza di valida prova, e in subordine procedersi a nuova perizia per accertare le reali cause dei danni subiti dagli immobili di proprietà degli attori.

Con sentenza in data 12 aprile 1985 S.S. il Commissario della Legge, dopo lunga analisi, aderendo alle risultanze della perizia eseguita dal C.T.U., dichiarava che “la piena e totale responsabilità dei dissesti verificatisi nella proprietà degli attori Volpinari ... è da attribuirsi esclusivamente ai lavori eseguiti con negligenza ed imperizia tecnica dal convenuto Terenzi Gianfranco nella confinante sua proprietà, condannandolo al pagamento di varie somme in sentenza meglio specificate oltre che al pagamento di spese e onorari di giudizio liquidati nella sentenza stessa”.

La tempestiva impugnazione apriva la presente fase di giudizio; il Terenzi lamentava:

- a) che la sentenza si basa su perizia d'ufficio errata circa le cause del danno e circa la quantificazione del danno stesso;
- b) che in realtà le cause del danno non sono affatto riconducibili alla costruzione posta in essere dal Terenzi, ma a fenomeni preesistenti e comunque estranei a detta costruzione come è rilevabile anche dagli accertamenti geologici già eseguiti, e come sarà dimostrato da ulteriori accertamenti peritali, mentre la svalutazione

attribuita agli immobili degli appellati è sostanzialmente non realistica e tecnicamente non valida e attendibile.

Ne derivava la richiesta di integrale riforma della sentenza di primo grado, con la dichiarazione della non responsabilità del Terenzi, e in subordine con una valutazione dei danni nettamente inferiore.

Si costituiva, opponendosi, la parte appellata.

Seguiva l'ammissione di documenti, l'ammissione della testimonianza dell'ing. Carugno, la mancata ammissione dei testi dott. Baistrocchi e geom. Lonfernini. Le parti concludevano, ed il fascicolo processuale veniva trasmesso a questo Giudice. La mancata ammissione dei testi ad opera del G.I. si era verificata con le riserve del caso, sciogliendole con Ordinanza in data 31/1/1988 che qui espressamente si richiama, si riteneva legittima l'audizione di entrambi i testi, e così il fascicolo tornava a San Marino, ove il G.I. fissava per l'esame dei testi l'udienza straordinaria del 7 luglio 1988. L'esame non si esauriva in tale seduta, ne veniva fissata altra per il successivo 14 luglio, nel frattempo venivano però presentati altri documenti, con l'opposizione della procura appellata e la riserva del G.I. Le parti poi concludevano ed il fascicolo veniva trasmesso a questo Giudice, ma il lungo *iter* non era ancora chiuso, infatti rapido esame degli atti consentiva di accertare che le memorie conclusionali chiedevano, sia pure in via subordinata, di integrare l'istruttoria col ricorso a nuova perizia giudiziaria, e con Ordinanza 28/9/1988 tale richiesta veniva accolta, disponendosi appunto nuova perizia. Riapertasi l'istruttoria il Commissario della Legge in data 31 gennaio 1989 incaricava l'ing. Maurizio Grassi di "redigere nuova perizia giudiziaria tenendo conto degli elementi emersi e dei documenti prodotti nel corso del giudizio successivamente alla relazione peritale da lui redatta e giurata in data 30 giugno 1982". L'ing. Grassi accettava l'incarico e in data 17/1/1991 depositava in atti la propria relazione. Seguivano altre schermaglie procedurali, e al termine le parti concludevano.

## DIRITTO

Non pare necessario riprendere in esame tutte le ordinanze di accoglimento con riserva emanate dal G.I. nel corso della istruttoria, ad alcune di esse si è già data risposta con le due Ordinanze ricordate, altre non paiono coltivate dalle parti, sicchè a nulla vale spendervi altre parole. Si deve però, e preliminarmente, risolvere un non gravissimo problema sollevato dalla procura Terenzi, quello della nullità dell'incarico dato all'ing. Grassi in primo grado, dell'effetto di trascinamento che tale nullità avrebbe su tutti gli atti susseguenti, così come della eventuale nullità del secondo incarico conferito al medesimo ing. Grassi. Poiché il problema è stato posto nettamente solo nelle comparse conclusionali, sicchè su di esso non vi è stato contraddittorio, la trattazione di esso potrebbe essere omessa, e ciò tanto più in quanto la procura Terenzi pare intendere far ricorso (ma ancora non lo fa) alla *quaerela nullitatis* che dovrebbe, in ipotesi, essere discussa dinanzi a questo Giudice. Breve ricapitolazione, che non entri nel merito, può chiarire la posizione dello ing. Grassi in causa. In data 18 aprile 1980 l'allora Commissario della Legge, dott. Carlo Falqui Massidda, provvedendo a nominare C.T.U. il geom. Marino Novembrini lo incaricava di accertare "i danni già emersi a causa dei lavori di ampliamento dello stabilimento aziendale di cui è processo, nonché la natura e i rischi dei lavori stessi per la proprietà degli attori", invitandolo a riferire "se i lavori debbano essere sospesi per prevenire ulteriori danni, e ne controlli in ogni caso



l'andamento"; poiché gli pervenne la rinuncia all'incarico da parte del geom. Novembrini, in data 7/5/1980 il Commissario Falqui Massidda lo sostituì con l'ing. Maurizio Grassi. Il tenore della designazione è parso alla difesa Terenzi fonte di vizio insanabile, poiché "prima ancora di ogni atto istruttorio il Commissario della Legge di allora aveva già accolto, senza contraddittorio, una parte della domanda attrice". In altri termini il quesito posto al tecnico non era asettico come suole essere quando, come suole avvenire, si usa la formula "se e in quanto", ma suggestivo. Che si tratti di vizio sanabile o no, lo si vedrà eventualmente in altra sede, in questa basterà rilevare che non si tratta comunque di nullità assoluta in quanto tale rilevabile d'ufficio, che non risulta che l'avv. Berti già in primo grado difensore del Terenzi abbia in tale sede eccepito alcunchè, pur se il tempo non gli era mancato come risulta dalle date dei provvedimenti commissariali sopra citati. Si deve ancora aggiungere, sempre senza entrar nel merito, che il mandato al professionista faceva espresso riferimento al processo in corso, alla *res litigiosa*, alla domanda giudiziale che si configurava proprio come indica il tenore del mandato, e che qualsiasi professionista di medie capacità non avrebbe mancato di capire che la risposta al quesito postogli poteva anche essere negativa, nel senso che nessun danno le costruzioni poste in essere dal Terenzi avessero arrecato ai Volpinari.

Lo stesso è a dirsi per l'altro rilievo sollevato dalla difesa Terenzi, quello cioè del secondo incarico conferito dal Commissario della Legge all'ing. Grassi: con la già ricordata Ordinanza questo Giudice disponeva l'effettuazione di nuova perizia, e il G.I. riteneva di dar mandato all'ing. Grassi che avendo già effettuata la prima dava sicuro affidamento di rapidamente e compiutamente eseguire il lavoro; riemerge qui quanto sopra detto circa il quesito suggestivo posto a suo tempo dal Commissario Falqui Massidda, ma emerge anche altra doglianza, l'atto di appello del Terenzi afferma che la sentenza "si basa su perizia d'ufficio errata circa le cause del danno", sicchè se ne dovrebbe dedurre una nullità. Sempre in via generale, senza entrar nel merito per i motivi che si diranno, è qui a dirsi che certo sarebbe stato meglio affidare ad altro tecnico di fiducia l'incarico, per motivi di opportunità più che di legittimità. La lunga durata della causa, però, induceva ad abbreviare nei limiti del possibile i tempi, ciò che giustifica la scelta, ma non risulta scritto in nessuna legge che il giudice debba aderire *in toto*, in modo non critico, alle risultanze peritali. Il sistema del diritto comune attribuisce valore vincolante solo al conforme parere di due periti d'ufficio (cfr. sentenza di I grado, 20/3/1967, in *G.S.* 1962-1969, p.359), fermo restando il potere-dovere del giudice di valutare ogni perizia come un particolare e qualificato elemento di prova, tanto più attendibile in quanto riesca a dare una visione coerente dei fatti verificatisi e delle loro conseguenze.

Tanto si dice per completezza di sentenza, ma il rilievo già formulato nella comparsa conclusionale aveva trovato analoga considerazione in sentenza di primo grado.

Sempre nello stesso ordine di idee l'avv. Berti per ritenere che l'ordinanza di questo Giudice che richiedeva "nuova perizia" sia stata disattesa giacchè non nuovo era il tecnico cui fu affidato l'incarico, ma qui è facile precisare che l'autore dell'ordinanza non intendeva porre alcun vincolo al G.I., non si era posto neppur il dubbio sulla persona del tecnico da nominarsi nella convinzione che anche il G.I. abbia poteri discrezionali e ben possa farne uso. Le conclusioni che dai posti rilievi trae l'avv. Berti meritano citazione testuale:

"Le ragioni di nullità comportano: *in primis* che debba dichiararsi l'invalidità della perizia d'ufficio in tutte le sue fasi e rinnovarsi tutti gli atti di causa; in subordine

annullare il decreto di ammissione di perizia d'ufficio 18.4.1980 e ordinarsi l'esecuzione *ex novo* delle prove peritali d'ufficio affidando a nuovo tecnico, diverso dall'ing. Grassi, l'incombente, con facoltà per le parti di presentare quesiti e soprattutto con il compito di stabilire l'elemento fondamentale, se, cioè, la costruzione della ME-SA sia stata o non sia stata la causa totale o parziale del danno alle proprietà Volpinari, salve le risposte ad altri requisiti, fra cui la preesistenza di frana".

A richieste così perentorie duole dover opporre un cortese rifiuto: come già si è detto si nutrono forti dubbi sulla radicalità o sulla stessa esistenza della nullità avanzata; in secondo luogo come pur si è detto non risulta dagli atti processuali che vi sia stato, *tempore congruo*, qualsiasi accenno di rettifica da parte degli interessati al provvedimento commissariale a loro avviso lesivo dei loro diritti; in terzo luogo, come pur si è detto, le parti hanno avuto larghezza di ammissione, anche *in extremis* e con riserva, di elaborati peritali; da ultimo proprio la riapertura dell'istruzione che ha provocato il rinnovato incarico all'ing. Grassi ha consentito un contraddittorio fra periti e l'allegazione di elaborati che pare essere ciò che in sostanza l'avv. Berti chiede.

Altro rilievo, pur questo avanzato in comparsa conclusionale, è quello relativo al procedimento e a suoi eventuali vizi. Anche qui pare opportuno dar la parola alla difesa del Terenzi:

"Sussiste anche un altro vizio procedurale che inficia di nullità e di invalidità tutti gli atti di causa.

Dall'atto di citazione in data 1 dicembre 1979 emerge chiaramente che trattavasi di denuncia di nuova opera e di danno temuto ("ad ogni fine di arresto di danni e di ragione di danno temuto").

Secondo il diritto qui vigente è compito dell'attore, che lamenta il danno temuto, far constatare lo stato di pericolo incombente, sia tramite accesso giudiziale, anche prima della udienza fissata per la comparizione delle parti, non avendo presentato con la citazione una perizia extragiudiziale giurata circa la gravità dei fatti.

**In sostanza l'azione di danno temuto si fonda sull'esistenza dei seguenti presupposti: che esista ragionevole timore di risentire il danno grave e prossimo; che il possibile danno derivi da un bene contiguo o vicino; che detto danno minacci un fondo posseduto dal reclamante"** ( segue testo delle Rche 43 e 52 del II Libro degli Statuti).

Chiunque conosca la fattispecie dedotta in causa non dovrà molto faticare a rendersi conto che la situazione in essa descritta è affatto diversa da quella regolata nello Statuto. Nel caso previsto, così come in quello della citata sentenza dell'illustre predecessore dello scrivente prof. Guido Astuti, la parte che si duole ha ricevuto o teme di ricevere un danno diretto dalla costruzione, la perdita di una servitù di luce o di passaggio, la costruzione che sconfini su suolo del ricorrente e simili; nel caso della controversia Volpinari-Terenzi, il danno non era temuto, eventuale, futuro, ma già manifesto; non era arrecato direttamente al bene o ai beni dei Volpinari, ma questi ultimi erano danneggiati da un dissesto che poneva in pericolo la stessa costruzione del Terenzi al quale, infatti, furono imposti lavori solo in parte eseguiti. Non siamo, quindi, in tema di danno temuto, ma di azione di responsabilità, la vecchia Aquilia in altre parole, che ancor oggi continua a prestare onesti servigi a parti patroni e giudici.

Lo stesso è a dirsi per quanto riguarda la Rubrica 52 ove si tratta della procedura da seguirsi nei casi appunto di danno temuto o di denuncia di nuova opera: non vizia affatto il procedimento la circostanza che non si sia seguita la via prescritta dalla Rubrica 52,

poiché in essa non si parla di azioni aquiliane, e poiché, comunque, in una delle righe che l'avv. Berti non ha qui trascritte, il legislatore lascia alla valutazione del giudice seguire o meno la procedura indicata nelle cause simili, cioè in quelle non espressamente indicate (*quae autem similia dicantur iudicis arbitrio relinquimus*). Se, dunque, gli attori hanno seguito una strada, quella dell'azione di responsabilità, è su questa strada che occorre seguirli, non potendosi certo imporre all'attore di esperire l'azione che paia migliore al convenuto. Quest'ultimo, infine, non risulta aver mai chiesto l'accesso in luogo, e non si stenta a ravvisarne la causa, la giusta causa, se è ragionevole ritenere che ove geologi e ingegneri non pare riescano a mettersi d'accordo sulle cause del dissesto a ben poco potesse giovare l'accesso di giuristi.

Rispetto al materiale probatorio accumulatosi in primo grado soccorrono in questa sede due elementi sicuramente nuovi, il contraddittorio fra il dottor Baistrocchi e il geom. Lonfernini, e la nuova relazione tecnica dell'ing. Grassi. Il primo di essi di poco sposta la questione, il dottor Baistrocchi insiste sulla presenza di una paleofrana dalla quale fa derivare ogni possibile dissesto, ma non riesce a spiegare in modo convincente come tale fenomeno non sia stato rilevato dal prof. Lipparini dell'Università di Bologna e neppure da lui stesso allorché in veste di tecnico di parte governativa esaminò i terreni, "Al momento si ebbe l'impressione che le lesioni ... fossero dovute a sovraccarico del rilevato ..." "... in quella fase della vertenza non si era presa in considerazione la causa "frana" e pertanto non si fece distinzione né si notarono particolari quali quelli richiesti dall'avv. Reffi ...". Non pare che da simili affermazioni si possa ricavare molto, il tecnico va per impressioni, allorché valuta la situazione non gli viene in mente l'ipotesi "frana", ad essa pensa solo allorché diviene perito di parte e tale ipotesi gioverebbe appunto alla parte (in realtà l'ipotesi della frana, come ben documenta la relazione Grassi, affiora solo nella perizia datata 3/11/1981 redatta dall'ing. Carugno, e solo dopo tale data diviene leitmotiv dei periti di parte Terenzi). Ma di tutto ciò fa giustizia la perizia Grassi, nuova senza alcun dubbio e meritevole di più che attenta considerazione per la tecnica di lavoro usata. Essa, infatti, passa in rassegna, argomento per argomento, le opinioni avanzate, nella babele di perizie e controperizie, in un andamento storico, facendo poi seguire le sue considerazioni. Ad ogni quesito segue serie di affermazioni peritali, in ordine cronologico, alla ricerca quasi sempre riuscita dei punti di incontro fra opposti periti, alla ricerca cioè di una base non contestabile sulla quale inserire le proprie considerazioni. In primo luogo viene in esame l'asserita esistenza di una frana. Mediante l'accumulo di dati desunti dalle varie relazioni, talvolta con se stesse contraddittorie, la perizia Grassi giunge ad una prima conclusione, che cioè "risulta che pressoché tutti i tecnici intervenuti riconoscono la connotazione di instabilità superficiale del versante, denunciata da piccoli smottamenti, dall'inclinazione dei filari della vigna, di alcuni pali, etc. Altro dato di fatto è che fino al 3/11/1981, data in cui l'ing. Carugno avanza l'ipotesi che le spinte provengono dalla vigna, con origine in zone più alte, nessun geologo, pur conoscendo la zona ed i suoi dissesti evidenti, pur avendo effettuato rilievi, sondaggi, prove penetrometriche, studiato foto aeree, etc., ha ritenuto che gli smottamenti visibili sul pendio dovessero significare un movimento di vasta portata su tutto il versante." La perizia prosegue dimostrando, a parere dello scrivente in modo ineccepibile oltre che chiaro anche a chi non sia geologo, come l'eventuale paleofrana avrebbe avuto un corso del tutto diverso da quello evidenziato dal dissesto, l'accoglierne l'ipotesi porterebbe necessariamente a conclusioni smentite dai fatti oltre che da asserzioni degli stessi periti di parte Terenzi.

Dai dati rilevati emerge egualmente che l'appesantimento provocato dai lavori del Terenzi è di gran lunga maggiore di quanto comunemente asserito "il piazzale Terenzi si trova alla quota 102 di progetto approvata, che già comportava riporti fino a 3,5/4 m., ma a quota 103 circa con un aumento quindi di un metro, per una altezza massima del rilevato di 4,5/5 metri." Tutto ciò si è verificato in area che i tre geologi (Pedini, Baistrocchi, Mularoni) hanno ritenuto instabile, sicchè "considerando che alcune di queste verifiche sono state compiute con riferimento ad un'altezza di rilevato inferiore a quella reale, la compromissione della stabilità della zona non poteva che essere maggiore di quella dimostrata".

Né alcun favore riscuote l'ipotesi di instabilità dei terreni derivante dai lavori eseguiti sul torrente Ausa: pure in questo caso a fronte di asserzioni altrui non meglio precisate stanno precise osservazioni, fondate su dati (per esempio l'esatto rilievo che i lavori sull'Ausa sono di data posteriore al dissesto Volpinari), che portano il perito a concludere che "nessuna responsabilità si ritiene di poter assegnare ai lavori di tombinatura, riguardo l'instabilità dei terreni, mentre è molto probabile che il torrente contribuisse, prima della sua sistemazione e non più attualmente ad instabilizzare il terreno adiacente le sponde...".

Segue, nella perizia Grassi, rinnovata valutazione dei danni subiti dai Volpinari a seguito degli sconsiderati lavori del Terenzi, e il risultato diverge per motivi che sono correttamente spiegati da quello precedente.

L'ing. Grassi distingue, come già in prima perizia, fra i danni arrecati ai Volpinari e quelli arrecati al solo Mario Volpinari: per i primi, in perizia indicati sub A), l'originario importo di lire 10.164.812= è rivalutato, alla data della perizia e con riserva di ulteriori rivalutazioni, in lire 18.811.001=; per i secondi il deprezzamento del fabbricato è valutato nell'importo di lire 10.860.000=, e tanto, ritiene il C.T.U. deve essere corrisposto al signor Mario Volpinari. Con la correttezza del perito d'ufficio l'ing. Grassi ha così dimezzato, per considerazioni che non possono non trovare consenzienti, la stima del deprezzamento effettuata nella precedente perizia. Tali variazioni non consentono di confermare in toto l'impugnata sentenza per quanto attiene alla misura del danno risarcibile, mentre del tutto conforme è la presente sentenza a quella di primo grado per ciò che attiene alla responsabilità dell'appellante Terenzi.

Le spese seguono la soccombenza.

#### 4.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 13 novembre 1991, n. 203<sup>27</sup>.

Sansoni Adalberto (Avv. G.B. Busignani) : Beccari Ortensio e Rossi Iria (Avv. G.B. Reffi) – Causa n. 53, anno 1987.

**Responsabilità civile aquiliana – Gara – Compartecipazione.  
Risarcimento del danno: discrezionalità del giudice.**

---

<sup>27</sup> Conferma la decisione di primo grado del 23 agosto 1989, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, p. 1517 s..

*La responsabilità personale è estesa a chiunque abbia concorso ad un atto colposo o lesivo, quando il danno è la conseguenza di una decisione presa in comune, o del concorso materiale di comportamenti, la risultante di una partecipazione.*

---

## FATTO

Nel luglio del 1985, dopo una gara motociclistica del tutto illegittima poiché non autorizzata, svoltasi fra l'appellante e Pier Giorgio Beccari, minorenne, figlio degli appellati, il Beccari cadeva rovinosamente e decedeva.

Con istanza in data 9 marzo 1987 i genitori superstiti chiedevano che il Tribunale Commissariale accertasse le responsabilità in ordine al sinistro nel quale il loro figlio aveva perso la vita, facevano espresso riferimento al procedimento penale iniziato e chiuso presso lo stesso Tribunale, ove con decreto penale il Sansoni era stato condannato al pagamento di una multa per violazione della legge sulla circolazione stradale, chiedevano la condanna del convenuto Sansoni al risarcimento dei danni.

Costituitosi il convenuto Sansoni ed opponendosi, seguiva normale iter giudiziario con assunzione di prove ed escussione di testi.

In data 23 agosto 1989 S.S. il Commissario della Legge pronunciava sentenza con la quale accogliendo in parte le istanze attrici dichiarava sussistere la responsabilità del Sansoni per l'evento luttuoso, lo condannava pertanto al pagamento della somma di lire 52.333.330=, lo condannava infine al pagamento delle spese di giudizio.

La sentenza era tempestivamente impugnata, aveva luogo l'ulteriore fase di giudizio nel corso della quale le parti si astenevano dal chiedere nuove prove, rinunciavano a parte dei termini, mostravano chiaramente che ritenevano di essere in presenza di un problema di diritto più che di un problema di fatto.

## DIRITTO

I problemi sollevati dalla sentenza sono almeno due, la responsabilità e la quantificazione del danno, e su entrambi i punti si soffermano le opposte procure. S.S. il Commissario della Legge con un ampio ragionamento, che teneva conto e della circostanza che dei due protagonisti della gara uno, il Sansoni, era da poco maggiorenne, e l'altro, il Beccari, era ancor per poco minorenne, e dell'altra circostanza che il processo penale si era concluso con la dichiarazione di non provata colpevolezza del Sansoni disponendo l'archiviazione degli atti senza pregiudizio sia nei confronti dei reati di natura contravvenzionale sia delle "azioni civili spettanti all'offeso o ai danneggiati", rinveniva nell'illecito penale nel quale erano incorsi e il Beccari e il Sansoni una situazione di concorso di colpa, attribuendola per un terzo al Beccari stesso, per altro terzo non è indicato a chi ma alle circostanze, per un terzo infine al Sansoni. Attingeva il Commissario della Legge anche a giurisprudenza italiana che in simili casi di specie aveva addossato la responsabilità dell'evento a tutti i partecipanti alla gara. Il punto è nuovo per il diritto della Repubblica, e la soluzione pur se rigorista pare poter essere accolta e trovare anche qualche fondamento nella dottrina del diritto comune, ove **il versari in re illicita venne, specie da parte dei canonisti, posto a base di vari tipi di responsabilità**. Il rigore del quale si accennava non ha ovviamente trovato il consenso

della procura appellante, e nascono alcuni rilievi, in primo luogo l'avv. Busignani riconosce che la tesi del Commissario della Legge possa avere qualche fondamento, ma nei riguardi dei terzi, non all'interno del gruppo di persone concorrenti e compartecipi nel e dell'illecito penale. Il rilievo è certamente acuto, se ne dovrà tenere conto prima di generalizzare in forma di massima l'orientamento del quale si discute. Più che di cooperazione si tratta nel nostro caso di compartecipazione, le attività dei due concorrenti identiche nella forma sono in realtà opposte, almeno nell'animo degli agenti. Si vuol dire che il tipo di attività, la gara, ha come sua componente necessaria e determinante l'emulazione, il desiderio di vincere. Si tratta, nella fattispecie, di un illecito commesso da due o più persone (altrimenti non vi sarebbe gara ma al massimo allenamento) con esplicita finalità di manifestazione e affermazione di forza, abilità, controllo del mezzo, e via dicendo, si tratta cioè del fenomeno del gioco che è tale anche quando non vi sia una posta diversa dalla gratificazione del primeggiare. E' in questo *animus*, non diverso da quello di chi giochi a golf o a scopa ma qualificato dal mezzo usato, che può ravvisarsi la colpa o l'imprudenza, nella consapevolezza che la naturale pericolosità dei veicoli a motore viene esaltata e moltiplicata proprio dall'agonismo. Può pure dirsi che la sfida fu lanciata dal defunto Beccari, non può però disconoscersi che senza l'accettazione di essa da parte del Sansoni l'illecito e la sua tragica conseguenza non si sarebbero verificati, sicché come giustamente induce a pensare il Commissario della Legge al Sansoni va addebitata una diretta partecipazione nell'iniziativa ed una parziale responsabilità consequenziale nell'evento; non pare pertanto viziato l'*excursus* logico che induce la sentenza a qualificare in un terzo l'onere gravante sul Sansoni.

Ulteriore rilievo quello relativo alla determinazione del *quantum*: "Si deve quindi ritenere che ai fini della valutazione del danno l'Ill.mo Commissario della Legge abbia fatto riferimento ad elementi contenuti o comunque prodotti in allegato alla memoria conclusionale di controparte. Ne consegue che essendosi addivenuti ad una determinazione del danno senza il dovuto contraddittorio, tale aspetto non può essere oggetto di decisione da parte del giudice."

Anche questo è rilievo acuto ma superabile: **il risarcimento del danno è in taluni casi affidato al potere discrezionale del giudice (potere discrezionale, non certo arbitrio), in altri ad una serie di parametri oggettivi.** Su suggerimento, contenuto in comparsa conclusionale della procura Beccari, **il Commissario della Legge ha ritenuto di poter servirsi di criteri recentemente entrati in uso in Italia, ed anche essi non generalizzabili nell'uso di questa Repubblica, il criterio cioè della pensione sociale moltiplicata per tre:** non è, come si è detto, criterio generalizzabile proprio perché nella sua oggettività realizza il dato minimo non quello medio e massimo, ma pare fra i criteri adottabili nella fattispecie criterio migliore di altri anche perché utilizza dati generali, applicabili direttamente, non influenzabili dall'abilità dei difensori, formati in data antecedente all'evento cui vengono applicati. Il mancato rispetto del principio del contraddittorio, infine, ha come oggetto le istanze delle parti, viene per solito discusso l'ammontare del danno allorché vi siano spese da documentare, incidenze patrimoniali da verificare, e simili, tutti elementi assenti nel caso di specie, sicché pare di poter concludere che l'irregolarità, se di irregolarità si tratta, non è comunque tale da inficiare il risultato processuale.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 28 novembre 1991, n. 201<sup>28</sup>.

Agarici Fernando e Toccaceli Roberto (Avv. R. Bonelli) : Stacchini Tino (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 140, anno 1984.

**Edificio – “Vitium soli” – Costruttore – Presunzione di colpa.**

*All'appaltatore non è preclusa la possibilità di dare la prova di fatti positivi, specifici e precisi, che escludano la sua colpa, fra cui in primo luogo l'eventuale vizio del progetto fornito dal committente, le erronee istruzioni del direttore dei lavori, il “vitium soli” non riconoscibili nella sua entità e gravità.*

---

(omissis)

**6.**

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 10 febbraio 1992, n. 27<sup>29</sup>.

Fabbri Maria (G. Giardi) : Stolfi Sergio Francesco (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 56, anno 1987.

**Separazione dei coniugi – Alimenti – Mantenimento.**

*Il legislatore, con il termine “alimenti”, ha indicato ciò che è dovuto al coniuge economicamente più debole ed a cui sia stata addebitata la separazione.  
Con il termine “mantenimento” ciò che invece è dovuto al coniuge incolpevole.  
La determinazione del quantum è sempre legata alle possibilità economiche di chi è tenuto a prestare l'assegno.*

---

(omissis)

**7.**

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 28 novembre 1992, n. 7<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Riforma la decisione di primo grado del 24 aprile 1989, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, p. 1485 s.. La sentenza di secondo grado è stata annullata con la decisione di terzo grado del 7 maggio 1993, Parte Seconda, Sezione prima – Decisioni di terzo grado, n. 3.

<sup>29</sup> Riforma la decisione di primo grado 1 del 25 luglio 1990. La presente sentenza è stata confermata dalla decisione di terzo grado, vedi Parte seconda, Sezione prima – Decisioni di terzo grado, n. 2.

<sup>30</sup> Per le argomentazioni in fatto e in diritto si rimanda alla sentenza di primo grado del 12 febbraio 1991; vedi Parte seconda, Sezione Terza – Decisioni di primo grado, n. 7.

Comune di San Cataldo (Avv. G.M. Marcucci) : S.A. Karnak (Avv. L. Mazza) – Causa n. 40, anno 1988.

**Mandato – Mancanza ed eccesso – Institore – Responsabilità del preponente.**

*Il preponente è tenuto all'esecuzione del contratto concluso dall'institore con il terzo, perché quanto stipulato rientra nei limiti dell'incarico conferito dall'institore medesimo.*

---

(omissis)

**8.**

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 15 dicembre 1992, n. 21<sup>31</sup>.

Ditta officina meccanica Lasagna (Avv. M. Micheloni) : Ditta Omas (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 208, anno 1984.

**Vendita – Vizi occulti della cosa venduta – Prova.**

*La “rei aestimatio” fatta da periti, è tesa ad accertare che il vizio della cosa venduta non sia lieve e sia anteriore alla vendita.*

---

**FATTO**

La Ditta appellata acquistò a suo tempo un macchinario denominato “transer per svasature contrapposte” dalla appellante Officina Meccanica Lasagna, alla quale non corrispose mai il residuo prezzo di lire 5.750.000=. Nasce di qui la presente vertenza, dal ricorso che l'appellante rivolse al Commissario della Legge onde ottenerne la condanna dell'appellata al pagamento della somma indicata. Costituitasi in giudizio la O.M.A.S. propose azione riconvenzionale chiedendo la riduzione del prezzo del macchinario a causa di vizi in esso riscontrati e tempestivamente denunciati. Seguiva regolare giudizio con acquisizione di documenti ed escussione di testi. Al termine le parti concludevano.

In data 8 maggio 1989 S.S. il Commissario della Legge pronunciava Sentenza con la quale respingeva l'istanza attrice, accoglieva sia pure parzialmente l'istanza avanzata in via riconvenzionale dalla O.M.A.S. accordandole la diminuzione del prezzo dell'importo di lire 5.750.000=, condannava la parte attrice Officina Meccanica Lasagna al pagamento di spese e onorari di giudizio.

La Sentenza veniva ritualmente impugnata, l'appellante Officina Meccanica Lasagna ne chiedeva la riforma in base ai seguenti motivi:

---

<sup>31</sup> Riforma la decisione di primo grado dell'8 maggio 1989, inedita.



a) la contestazione dei vizi del macchinario sarebbe stata tardiva;  
b) l'assunzione dei testi sarebbe stata "di scarso rilievo ed esclusivamente di parte".

Costituitasi ed opponendosi la parte appellata venivano escussi testi e, su richiesta della parte appellante cui aderiva l'appellata, veniva disposta perizia d'ufficio dandosi mandato a ciò all'ing. Fabrizio Fioravanti. Tale perizia era espletata ma solo parzialmente, poiché come comunicava la procura appellante "si ritiene inutile mettere in funzione la macchina oggetto della perizia in quanto, come riferirà l'ing. Fioravanti, questa è stata ampiamente modificata e manomessa dal titolare della Ditta stessa e pertanto non corrisponde più alla situazione reale al momento della vendita". Questa versione non fu accettata dall'avv. Berti, che non apprezzò l'uso del termine manomessa e fece apposita rettifica, la versione ufficiale, quella del perito, enuncia una sua richiesta alla Omas perché si indicasse il giorno nel quale porre in funzione la macchina, un silenzio protrattosi per un mese da parte della Omas, una richiesta al Commissario della Legge sul da farsi, la risposta del Commissario che autorizzava perizia su macchina non in funzione, data anche l'inutilità sulla quale le parti concordavano del porre in movimento una macchina profondamente diversa da quella originaria.

Quale che fosse la situazione l'ing. Fioravanti rispondeva egualmente a parte almeno dei quesiti e la perizia veniva allegata agli atti di causa.

Le parti, infine, concludevano, e specialmente la procura Lasagna, aveva modo di meglio approfondire le proprie richieste.

## DIRITTO

La macchina oggetto di contestazione è stata consegnata il 29 dicembre 1981, la rata residua del prezzo, quella richiesta in questa sede, doveva essere pagata il 30/6/92, il 2 agosto stesso anno l'istituto bancario cui il signor Lasagna aveva affidato l'effetto (la Cassa di Risparmio per le province lombarde) lo restituì dichiarandolo insoluto. Qualche tempo prima della scadenza, il 21 maggio, già la O.M.A.S. per il tramite del suo avvocato aveva avvertito che "la macchina da Voi fornita presenta difetti, già denunciati telefonicamente e poiché non avete provveduto a porvi rimedio, la mia cliente ha dovuto incaricare un tecnico per eliminare gli inconvenienti lamentati. Appena sarò in possesso della fattura di tale tecnico provvederò ad inviarvela in quanto dovrà essere detratta dal Vs. saldo. Pertanto Vi prego di non emettere la relativa tratta".

Più tardi, il 29 ottobre 1982, lo stesso avvocato, rispondendo ad un sollecito non allegato agli atti, chiariva che "i miei clienti sono disposti a pagare il saldo, però chiedono che il Sign. Lasagna provveda a riparare (o comunque detrarre la spesa per ripararli) i difetti che presenta la macchina, già portati a conoscenza dello stesso in quanto avvertito telefonicamente e per iscritto". Delle doglianze in scritto, di un elenco di difetti veri o presunti in base ai quali distinguere responsabilità, non vi è purtroppo traccia agli atti, e pur ciò è elemento di giudizio, che equivale a dire che né la parte che comunicò, si presume specificandoli, i difetti ha trattenuto la minuta della lettera e ha ritenuto opportuno comunicarla, né la parte che tali doglianze ha ricevute, ha conservato o ha ritenuto di far conoscere il testo delle doglianze medesime. Ciò è tanto più strano per la parte convenuta: come in sentenza ha bene ricordato il Commissario della Legge, l'eccezione relativa ai vizi se accettabile e accettata comporta l'inversione dell'onere della prova, sarà il compratore a dover dimostrare l'esistenza dei vizi, ed altro ancora.

Le testimonianze ottenute dicono invero poco: il teste Scarano iniziò a lavorare all'O.M.A.S. nel 1987, quando cioè la macchina aveva già subito interventi di terzi, nulla sa personalmente può solo riferire ciò che si diceva in officina. Il teste Zanotti è teste interessato, era il titolare della Ditta al tempo dell'acquisto, lo stesso fascicolo processuale lo vede come parte in tale veste, ha successivamente ceduto la sua parte dell'azienda, ma non può certo dirsi "indifferente", non fosse altro che per non scadere nell'altrui considerazione dato che acquistò lui la macchina e, soprattutto, effettuò lui il collaudo prima di trasferire la macchina alla propria officina. Ciò non vuol dire che la sua deposizione sia nulla, ma solo che se ne terrà conto allorché ciò che dice trovi sicuri riscontri altrove o ciò che dice sia *contra se*.

Gli altri testi, i collaboratori dell'Officina Lasagna, pur essi poco o nulla possono dirci: la macchina funzionava (e sul punto abbiamo la miglior conferma, pur se obbligata, quella dello Zanotti), altre se ne sono vendute e non pare vi siano state lagnanze. Su richiesta chiariscono la portata della macchina, ciò che essa poteva e doveva fare, ma il ricordo può anche essere appannato dal tempo.

Soccorre allora la benemerita perizia, benemerita poiché chiesta dall'una parte e accettata dall'altra, benemerita perché nella sua evasività, nel non aver potuto e voluto far funzionare la macchina, riesce a dire, con l'obiettività di chi oltre che fungere da pubblico ufficiale è anche un tecnico, ciò che è necessario alla soluzione di alcuni dei quesiti.

"Premesso che non esiste un disegno di progetto della macchina utensile nella sua versione originale, e, a quanto pare, neppure una documentazione fotografica risalente al momento dell'acquisto ...", più avanti la stessa perizia chiarirà ulteriormente "L'aspetto costruttivo è del tipo artigianale, in quanto non sono presenti le caratteristiche tipiche della macchina utensile prodotta in serie."

Passando poi agli interventi effettuati sulla macchina il perito li descrive "Questi hanno riguardato, innanzitutto, le due unità operatrici, che sono state private ciascuna di un albero portautensili, riducendo di conseguenza almeno in teoria la potenziale capacità produttiva: è stato inoltre modificato il sistema di rapporti di velocità, il caricatore, e rifatto l'impianto elettrico. Se si deve giudicare dai risultati, non pare che i descritti interventi siano stati eseguiti a regola d'arte, in quanto la macchina non è stata messa in condizioni di operare economicamente. In linea di principio interventi così radicali su di una macchina utensile, da qualunque motivo occasionati, non possono essere intrapresi senza l'assistenza, la partecipazione e/o il consenso, in sede tecnica della Ditta costruttrice".

In realtà la O.M.A.S. aveva interpellato un artigiano che figura fra i testi, il Pazzini, e costui aveva redatto un preventivo, ma poi a sua dichiarazione il lavoro venne svolto all'interno della O.M.A.S., da personale forse non del tutto idoneo se è vero che la situazione peggiorò anziché migliorare. Se riprendiamo ora la deposizione del signor Zanotti possiamo dare un aspetto razionale alla vicenda. Dice quest'ultimo "... la macchina non ha mai funzionato per il tipo di lavoro per il quale era stata ordinata .... Ho visto la macchina in funzione presso la sede della Ditta fornitrice, la lavorazione era lenta ma ritenevo che con qualche modifica, come era stato assicurato dalla Ditta stessa, avrebbe funzionato regolarmente. Ciò tuttavia non si è verificato dopo l'installazione della macchina presso la sede della ditta Omas. Il funzionamento della macchina era stato esaminato per pochi minuti mentre invece nella lavorazione giornaliera continuata si presentavano i vari difetti. Presso la sede alla ditta Lasagna non ho avuto modo di

vedere la macchina in funzione continua ed automatica. La macchina era stata garantita funzionante. Le modifiche richieste alla ditta Lasagna da questa non sono mai state effettuate, la macchina è rimasta ferma per qualche mese fino a che le modifiche stesse non sono state effettuate dalla Omas ...”.

Provando a ricapitolare: la macchina fu consegnata con un certo ritardo sul previsto, lo Zanotti andò a ritirarla un sabato pomeriggio, e la vide in funzione, forse fu una visione un po' frettolosa ma della eventuale fretta lo Zanotti stesso è colpevole e vittima ad un tempo; si era accorto pur nella fretta che non tutto era perfetto in relazione al tipo di lavoro effettuato nella sua officina, ma confidava in “qualche modifica”. Poi saltano fuori i difetti, che non vengono specificati, che rendono la macchina, per dirla col teste Scarano, “non idonea alle funzioni e alle lavorazioni per le quali era stata acquistata”. Lo Scarano, come si è detto, lavora alla ditta appellata dal 1987, cinque anni dopo gli interventi “radicali” che avevano largamente modificate le capacità iniziali della macchina, e sul punto insiste “In conclusione la macchina non è idonea al tipo di lavorazione che la ditta intende produrre”. A questo punto il giudicante crede di poter cominciare a capire: lo Zanotti ha acquistato una macchina da un'impresa artigiana, si è reso conto che tale macchina non era del tutto idonea alle sue esigenze, ma ha confidato nella possibilità di apportarvi modifiche, o a carico della ditta fornitrice o a carico proprio ma con possibile rivalsa sul fornitore. I vizi, non meglio identificati ma sul punto si tornerà, non erano occulti: la macchina deve essere valutata per l'uso cui era destinata, per le caratteristiche che il venditore aveva elencate nel prospetto di offerta, non per gli usi specifici ai quali il compratore voleva destinarla. Si è trattato di un errore di valutazione commesso dallo Zanotti, che quest'ultimo non può addebitare ad altri.

I vizi, si diceva, dovrebbero essere occulti, e di essi è tenuto a dar prova il compratore che in via di eccezione li denunci fuori termine. Sempre ai modesti fini della prova si debbono passare in rassegna gli atti processuali per constatare, al di là delle comunicazioni telefoniche fra le ditte delle quali non si ha conoscenza, se e quali siano i vizi lamentati. L'avv. Berti in una delle sue comparse ne indica due, la mancanza di contatore automatico e il fatto che la macchina “non è in grado di funzionare automaticamente”. Il signor Zanotti nella sua deposizione afferma che “la produzione è dimezzata perché la macchina non regge la produzione piena”. Se per il primo addebito la risposta già è stata data dalla parte avversa, che cioè il contatore automatico non figurava fra i congegni dei quali era dotata la macchina secondo l'offerta di vendita, gli altri due rilievi potrebbero ridursi ad uno se il mancato funzionamento automatico obbliga la macchina a stare inattiva nelle ore nelle quali non si lavora.

E' peraltro a dirsi che dai documenti di vendita allegati agli atti non si desume che la macchina fosse garantita come in grado di operare in continuità: gli operai della Lasagna interrogati come testi intendono automatico nel senso che data la corrente e premuto un bottone la macchina inizierà il suo lavoro. Il punto, comunque, richiederebbe una indagine che non risulta effettuata sulla possibilità di equivoco da parte di chi legge e approvi la proposta di vendita e provveda a fare il collaudo: non va, infatti, dimenticato che si tratta di vizi occulti non di caratteristiche dichiarate di un macchinario industriale. Più incline a spiegazioni analitiche era stato il teste Santolini, di professione elettricista, “la macchina tralascia dei cicli di lavorazione e per quanti tentativi abbia fatto non mi è stato possibile ripararla ...”, fu egli stesso a proporre la sostituzione dell'impianto elettrico: prosegue il teste “Nel ciclo della lavorazione il difetto si rende visibile ma per lo meno a me è stato impossibile determinarne le cause. Come ho detto il difetto esiste.

La macchina scarta praticamente uno dei quattro cicli di lavorazione". Per la precisione occorre anche ricordare che lo stesso teste che ammette di non essere stato in grado di identificare le cause del fenomeno, non ha però dubbi nel fare affermazioni arrischiate come la seguente "I difetti presentati dalla macchina possono essere attribuiti oltre che alla parte elettrica anche alla parte idraulica e meccanica come mi è stato anche confermato da un tecnico da me interpellato". I difetti si riducono poi in sostanza ad uno, il salto di una fase delle quattro: ma in realtà gli si oppone che la macchina operava su tre tempi e non su quattro e la fitta nebbia che già avvolge le affermazioni di un teste che mostra di non sapere identificare le cause di un abnorme (secondo lui) funzionamento di una macchina che è chiamato a riparare, la nebbia, si diceva, si inspessisce ulteriormente si da non consentire la presa in considerazione del teste. Se fu egli stesso a cambiare l'impianto elettrico troverebbe ulteriore chiarimento l'affermazione del perito secondo il quale il lavoro non fu compiuto a regola d'arte.

Venendo a conclusione: **nella impugnata Sentenza il Commissario della Legge ha ricordato come varie e discordi siano state le posizioni dei giuristi di diritto comune sulla possibilità di esperire azione riconvenzionale adducendo dei vizi non tempestivamente denunciati. Il Commissario ha scelto di seguire l'opinione della ammissibilità con inversione dell'onere della prova, e su questa strada l'abbiamo seguito** sia per non stravolgere in grado d'appello l'impianto della causa sia perché era stata saggiamente abbandonata dall'avv. Berti la richiesta di danni, e solo questo cioè la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni distingue le due possibili soluzioni. Manifestata, dunque, e a mero titolo di enunciazione di opinione senza alcun riflesso sulla attuale posizione delle parti, la preferenza per la soluzione più rigorista, non resta che valutare se alla luce delle prove la parte Omas sia riuscita a dimostrare l'esistenza di vizi nella macchina acquistata dalla Lasagna, e vizi di tal natura da potersi considerare occulti e da poter in qualche modo giustificare quel comportamento, molto prossimo alla "ragion fattasi", che consistette nel trattenere indebitamente il residuo prezzo. La conclusione non può che essere negativa: il signor Zanotti comprò la macchina come descritta, ne attuò il collaudo, notò che con "qualche modifica" poteva andar bene per i suoi usi, la fece modificare in modo approssimativo. In tal modo cerca di far pagare a terzi gli errori propri: la scelta di fare acquisti in un laboratorio artigiano, con tutto ciò che ne consegue, aveva certo giustificazioni, ma la "qualche modifica" come ricorda anche il perito d'ufficio poteva meglio esser fatta nell'officina del Lasagna e a cura del Lasagna medesimo, con risparmio di tempo e danaro per tutti. Pertanto non resta altra possibilità che quella di condannare la ditta Omas al pagamento del residuo prezzo di lire 5.750.000= nei confronti della ditta Lasagna. Le spese seguono la soccombenza.

## 9.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 18 dicembre 1992, n. 23<sup>32</sup>.

Giusti Vitaliana e Strazzacapa Maria Grazia (Avv. R. Bonelli) : Concorso giudiziale dei creditori di Pedini Fabio (Avv. G.B. Reffi) – Causa n. 152, anno 1989.

---

<sup>32</sup> Conferma la decisione di primo grado dell'8 giugno 1991, inedita.

**Concorso dei creditori – Credito privilegiato per prestazioni di lavoro subordinato.**

*E' limitato al semestre il privilegio per i crediti dei lavoratori dipendenti, sono cioè coperte da privilegio le retribuzioni maturate e non riscosse negli ultimi sei mesi precedenti la data dell'apertura del concorso.*

---

**FATTO**

Con istanza in data 6 giugno 1989 le appellanti esponevano di essere creditrici nei confronti del Concorso in epigrafe di somma maggiore di quella ad esse attribuita, e di avere titolo privilegiato nei confronti del Concorso medesimo.

Costituitosi il Concorso, venivano escussi i testi Pedini, avv. Donatello, e interrogato il curatore del Concorso dott. Aldo Simoncini. Al termine le parti concludevano.

Con Sentenza in data 6 giugno 1991 S.S. il Commissario della Legge dichiarava le attuali appellanti creditrici nei confronti del Concorso per la somma di lire 30.986.028= con gli interessi al tasso legale sino al 16 gennaio 1989, chirografaria. Dichiarava, infine, integralmente compensate fra le parti le spese di giudizio.

Tale Sentenza veniva ritualmente impugnata e si apriva la presente fase di giudizio nel corso della quale le parti si mostravano inattive confidando, come pare di poter presumere, in un riesame del caso sotto il profilo giuridico.

**DIRITTO**

E' a dirsi subito che non ostante l'appassionata perorazione della procura degli eredi Strazzacapa non pare possibile nulla innovare nei confronti della Sentenza *de qua*: **norma di legge e giurisprudenza costante limitano al semestre il privilegio per i crediti dei lavoratori dipendenti, e la norma ha trovato costante applicazione nel senso che siano coperti da privilegio gli stipendi maturati e non riscossi negli ultimi sei mesi precedenti la data dell'apertura del concorso.** Nel caso di specie ciò non si verifica, sicchè i crediti vantati sotto tale voce hanno meno carattere di crediti chirografarii; non risultano dalle scritture contabili pur se ammessi dal dott. Pedini i crediti connessi a prestiti che il signor Strazzacapa avrebbe concessi al dottor Pedini; neppur risulta dalle scritture contabili che al signor Strazzacapa fosse stata riconosciuta una provvigione per gli affari condotti in porto, sicchè tali crediti non possono costituire oggetto di opportuna insinuazione. Non si vuole con ciò dire che i vantati crediti non esistano, il dott. Simoncini ha testimoniato del disordine delle scritture, e non è da escludere che a tale disordine sia da addebitarsi la mancanza del necessario mezzo di prova.

Poteva diversamente orientare le cose la scrittura privata esibita dall'avv. Donatello, poteva si dice poiché non ostante l'avversa procura ne avesse richiesto l'allegazione (in originale, in copia autenticata, non importa), essa non è mai stata allegata al fascicolo degli atti.

In tale situazione non pare che in alcun modo sia stata scalfita la Sentenza di primo grado.

Motivi di equità inducono a compensare le spese di giudizio.

**10.**

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 22 dicembre 1992, n. 20<sup>33</sup>.

Paltrinieri Milvia (Avv. L. Bacciocchi) : Soc. Coop. Capa (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 42, anno 1987.

**Professioni Libere – Rapporto convenzionale – Diligenza.**

*Nelle prestazioni professionali, eseguite in base al rapporto convenzionale proprio della “locatio operis”, la responsabilità sussiste solo quando il professionista versi in dolo, o l'imperizia sia tale da costituire colpa grave.*

---

(omissis)

**11.**

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 28 gennaio 1993, n. 24<sup>34</sup>.

Vincenti Franco (Avv. A. S. Belluzzi) : Tommassoni Mariangela e Vincenti Antonia (Avv. G. Lonfernini) – Causa n. 97, anno 1984.

**Servitù prediale di passaggio – Possesso “ab immemorabili” – Prova.**

*Per l'accertamento della servitù di passaggio, non abusiva e non dannosa, deve applicarsi non il rigoroso sistema dell' immemorabile, ma quello più accessibile della “praescriptio longa”, decennale “inter praesentes”, ventennale “inter absentes”. Si presume che la “consuetudo” o l' “usus” instaurati dal “paterfamilias” sui suoi beni si trasformi in servitù.*

---

**FATTO**

Con istanza in data 15 marzo 1984 gli attuali appellanti convenivano in giudizio la parte appellata sostenendo di essere titolari di un diritto di servitù di passaggio su beni delle convenute le quali stavano compiendo sull'area interessata opere che avrebbero limitato o soppresso il loro diritto. Chiedevano, quindi, che le signore Tommassoni e Vincenti

---

<sup>33</sup> Per le argomentazioni in fatto e in diritto si rimanda alla sentenza di primo grado del 7 novembre 1990, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, p. 1653 s..

<sup>34</sup> Per maggior completezza si rimanda alla decisione di primo grado del 30 dicembre 1987, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, p.1345 s..

fossero condannate a ripristinare i luoghi onde rendere possibile l'esercizio della servitù di passo.

Nel corso del giudizio venivano esperiti due accessi in luogo, ammessi documenti prodotti dalla parte convenuta, escussi testi. Al termine le parti concludevano.

Con una lunga sentenza in data 30 dicembre 1987 S.S. il Commissario della Legge dichiarava che gli attori "non hanno alcun diritto di transitare sull'immobile ... di proprietà di Tomassoni Mariangela e Rosella, gravato dall'usufrutto di Vincenti Antonia, né per accedere ai beni immobili di loro proprietà confinanti con il predetto immobile o parte di esso né per altro motivo: e ciò in quanto sul predetto bene immobile ... non esiste, per non essersi mai validamente costituita, servitù prediale di passo in vantaggio dei beni di proprietà dei sigg. Vincenti Franco e Raimondi Angela".

Autorizzava, pertanto, la parte convenuta a chiudere se lo volesse gli accessi, dichiarava la sentenza immediatamente esecutiva non ostante gravame, condannava le parti attrici al pagamento di spese e onorari di giudizio.

La sentenza veniva ritualmente impugnata, gli appellanti ritenendo che il Giudice di I° grado avesse tenuto in poca considerazione i testi da essi stessi indotti, e avesse basato le sue conclusioni prevalentemente sull'indagine effettuata dal perito di parte convenuta geom. Cesarini. Chiedevano pertanto l'eliminazione della clausola dell'esecutività non ostante gravame e che tutta la sentenza venisse riformata. Sul primo punto già la Reggenza, nell'ammettere l'appello, si pronunciava negativamente. Si costituivano le parti appellate chiedendo l'integrale conferma della sentenza *de qua*. Nel corso del giudizio venivano escussi i testi Secondo Meloni, Tecla Gualandi, Guglielmo Giusti, Francesco Valli, Italo Rossini, e venivano ammessi documenti. Più volte la parte appellante chiedeva fissarsi sopralluogo, in data 17 gennaio 1989 il Commissario della Legge, nella sua veste di Giudice istruttore, respingeva la richiesta "in quanto ininfluyente"; impugnava il provvedimento la parte appellante, ma senza successo poiché pure questo appello veniva respinto trattandosi di decreto istruttorio, facendo però espressa riserva a questo Giudice come di rito. In sede di comparsa conclusionale la parte appellante reiterava, *in primis*, la richiesta di accesso in luogo, e questo Giudice la accoglieva riaprendo così l'istruttoria. Al termine le parti concludevano.

## DIRITTO

E' bene risolvere preliminarmente il problema dell'accesso in luogo, sì da chiarire dubbi futuri. Il sistema seguito in San Marino sino ai tempi recenti non prevedeva, almeno di fatto, che il Giudice delle Appellazioni esperisse di persona attività istruttorie, ne derivava la conseguenza non felice che il giudizio d'appello si resolvesse in un mero esame del fascicolo processuale, in un rito cartaceo si potrebbe dire, non ostante in sede di appello potessero esperirsi atti di grande rilevanza come il contraddittorio fra le parti. Nel caso di specie il sopralluogo era da ritenersi tutt'altro che ininfluyente, per l'ovvia ragione che a termine di statuto il giudice può anche istituire una servitù di passo, allorchè come è evidente non vi siano altre possibilità: le parti processuali hanno inteso l'accesso come esame dei lavori compiuti dalle appellate, mentre l'interesse prevalente era quello di constatare lo stato dei luoghi e identificare se vi fossero altri accessi, come affermava, fra l'altro, la parte convenuta.

Come in ogni altro Stato pure in questa Repubblica si è creata una giurisprudenza abbastanza costante sul tema in esame: costante, ma non sempre critica se avvocati e

giudici fanno riferimento a De Luca, *De regular.*, 136, non essendosi accorti che il passo non vi esiste. Errore di dattilografa o di tipografo ha, infatti, storpiato una citazione del Ramoino che andava intesa come De Luca *De regal.*, 136: il brano si occupa però di una via pubblica, ed è abbastanza chiaro perché il dotto Cardinale che pure aveva ordinato per materia la sua opera abbia posto in quella sede il problema del passaggio per vie pubbliche e della contestazione di esso, poiché alle servitù aveva dedicato altro ampio settore dei suoi scritti. E' inoltre a dirsi che nel *Discursus* citato in nessun modo si rinviene una descrizione degli elementi necessari nell'apparato probatorio dell'immemoriale. Se poi del pensiero del dotto Cardinale ci si voglia servire, perché non ricorrere al *De servit.*, Disc. XXIII, ove il De Luca ricordava a tutti che in tema di servitù è bene andare a vedere, e lo ricordava con l'esempio, poiché recatosi a ispezionare i luoghi aveva constatato l'esistenza di lastricati romani ciò che dimostrava trattarsi appunto di via pubblica.

La giurisprudenza della quale si tratta ricorda anche e costantemente le norme dello Statuto, ma salvo errore ne fa uso solo parziale, è bene trascrivere il testo integrale:

Si quis ire et redire cum bestiis, vel sine, consuetus esset per alterius agrum, per aliquam redenam seu senterium, ex hoc nullum domino agri, nec iuri suo inferatur praeiudicium. Quibus sic euntibus et redeuntibus nullum jus eundi et redeundi acquisitum esse intelligatur, seu praescriptionem aliquam sibi acquisitam, cuius ope se tueri possint. Sed huiusmodi euntes et redeuntes per publicas vias iter facere debeant. Declarantes illam esse redenam, vel senterium quae numquam fuit nec est terminata. Hoc etiam addito quod praedicta sibi locum vindicare non dicantur in iis qui consueti sunt ire, et redire, ut supra per tempus cuius initii non extat memoria in contrarium. Et similiter in habentibus causam, vel titulum, in quibus casibus iura communia observari volumus. (Statuto, V, 42).

La Rubrica seguente attenua il dettato, che pare perentorio o così è stato sinora interpretato, pure di essa è opportuno rileggere il testo:

Cum ex viis et senteriiis plurima soleant iurgia nasci, statuimus quod quicumque iter, vel accessum fecerit per alterius agrum personaliter vel cum bestiis solvat communi solidos quinque vice qualibet, prater tamen poenam de qua in volumine damnorum datorum de damnum dantibus personaliter vel cum bestiis quibus per praesens statutum nullo modo derogare volumus. De cuius accessu domini agri dicto vel cuiuslibet etiam eius famuli, domestici, vel coloni credatur cum simplici eorum iuramento. Liceat tamen cuicumque, qui aliquem habet agrum ad quod non sit via, iter, vel accessus ire per alienos agros convicinos, si laborandi, vel fructus colligendi necessitas immineret, habita tamen prius licentia a domino agri per quem accessum habere intendit, quam licentiam si dominus agri praedictus dare recusaverit, eo casu ad instantiam petentis Capitanei qui pro tempore fuerint ex eorum officio teneantur et debeant huiusmodi dominum agri per quem iter et accessum petitur, cogere ad eligendum una cum petente praedictum iter vel accessum, unum vel duos probos viros qui habeant facultatem et arbitrium declarandi et designandi locum per quem volunt habere accessum personaliter vel cum bestiis per locum praedictum tempore necessitatis, iuxta id quod res vel tempus exposcet pro laboreris faciendis et fructibus colligendis, ita tamen quod fiat cum minori damno et incommodo dominorum praedictorum, quo fieri potest.

Cum declaratione etiam pretii et mercedis ad quam idem petens viam et accessum teneri debeat domino rei praedictae. Et si per praedictos eligendos praedicta non exequerentur seu si dolo vel fraude procederent in praedictis, tunc Domini Capitanei una cum duobus



de Consilio duodecim a partibus eligendis ad locum praedictum accedere debeant, et praedicta executioni mandare.

Et quodcumque per eos, ut supra, gestum vel factum fuerit plenam obtineat firmitatem.

Idem observari mandantes si quis assereret se viam habere per alterius agrum vel fundum ratione servitutis vel alicuius conventionis seu reservationis simplicis et indistinctae.

Quae omnia per duos probos viros, ut supra, et successive per praefatos Dominos Capitaneos et duos de Consilio per accessum ad locum summarie, de plano, sine strepitu et figura iudicii, recepto tamen ab ipsis partibus iuramento cum praefixione poenae non parenti declaratis vel declarandis, debant praedicta declarari, iudicari, et terminari.

Premesso che questo Giudice ritiene che la fattispecie in esame sia solo marginalmente regolata dalle norme statutarie, come meglio si dirà più oltre, qualche piccola osservazione è pur necessario farla: innanzi tutto la drasticità delle norme è mitigata in una duplice direzione, sia perché l'utente è perentoriamente invitato a servirsi della via pubblica, ad evitare cioè di invadere il campo del vicino per amore di scorciatoie allorché, s'intende, una via pubblica esista.

In secondo luogo sarà da notarsi che i casi assorbiti dalla giurisdizione ordinaria, secondo un processo ormai secolare e non benefico pur se inarrestabile, dovevano essere risolti in via che oggi diremmo arbitrale, con previsione di esecuzione, e accertamento?, da parte dei Capitani Reggenti, usando regole di equità. Se, poi, si controlla il termine che gli Statuti prefiggono a tali procedimenti e si giunge all'accertamento che di ben trenta giorni si tratta, allora si comprende perché le sentenze siano immediatamente esecutive, talune in realtà sono addirittura inappellabili. Se la caduta delle norme statutarie, la loro disapplicazione costante, non abbia prodotto come necessaria conseguenza la caduta delle norme sull'immediata esecutività è questione che non è questa la sede per affrontare, se ne parlerà altrove anche perché nel caso di specie il problema è stato risolto dal già citato decreto della Ecc.ma Reggenza.

Il passo che, comunque, qui ci interessa è quello in cui si rinvia alla non memoria del contrario, alla **retta cioè visione dell'immemoriale. I testimoni, in altri termini, non debbono dire che conoscono l'esistenza di una data situazione e che i loro antenati ne erano anch'essi a conoscenza e tale conoscenza hanno trasmessa, ma che non ricordano vi sia mai stato impedimento a che determinati comportamenti attivi o passivi trovassero attuazione.**

Se il redattore delle norme statutarie si era mostrato preoccupato della frequenza delle liti in tema di servitù di passaggio e se la finalità di ridurle aveva ispirato il testo, si deve concludere che l'iniziativa abbia avuto successo, dato che le sentenze in tema di servitù di passaggio, almeno stando alle edite, nel lungo arco di tempo che dal 1911 al 1980, non si mostrano copiose. Una rapida rassegna provvederà a darne conto.

La rassegna inizia con una sentenza dell'allora Commissario della Legge, **Giacomo Ramoino: in data 20/12/1929 (causa n.82/1928) della quale pare opportuno riprodurre le massime:**

**“Esiste il possesso immemorabile quando uno stato di cose ha avuto una permanenza uniforme per uno spazio di tempo che sorpassa la memoria di ogni uomo *“cuius origo memoria excessit”*”.**

**La prova della immemorabile deve avere un doppio oggetto:**

**1) la durata dello stato di cose di cui si tratta, per quel tempo che abbraccia la percezione propria della generazione vivente (prova positiva); 2) il fatto che la**

**generazione vivente non abbia, per comunicazione dei suoi maggiori, avuto notizia della non sussistenza di questo stato di cose (prova negativa). La prova deve, dunque, abbracciare il periodo di due generazioni.”**

Le due massime, così come il discorso tenuto nella parte motiva, hanno largamente influenzato giudici e avvocati della Repubblica allorchè essi si siano trovati a discutere in tema di servitù. A tali massime nulla pare possa opporsi, se non la circostanza che prova positiva e prova negativa non sono e non possono essere poste sullo stesso piano. La prima proprio perché positiva attesta lo stato dei fatti: la seconda, da considerarsi addizionale alla prima, di essa integratrice, è meramente eventuale ove non sia di compiacenza, almeno secondo l'*id quod plerumque accidit*. I maggiori invitano i loro figli a servirsi di un passaggio, è da dubitare che spieghino loro che si tratta di una servitù di passaggio, è talvolta a dubitare che addirittura lo sappiano, è più probabile che usino essi stessi del passaggio, e i loro figli, i loro braccianti, i loro amici, li imitino nella convinzione di compiere attività lecita.

In secondo luogo la nozione di due generazioni deve esser utilizzata con cautela: si ricorda in dottrina, si ricorda nelle sentenze dell'avv. Ramoino, che ci si era chiesto quale dovesse essere l'età minima del teste, e la Rota Romana l'aveva fissata saggiamente ai 54 anni. Tale età faceva del teste, in tempi nei quali si moriva prima dei 60 anni, un vecchio, in quanto tale portatore di ricordi antichi, ciò che non potrebbe certo dirsi ai giorni nostri ove l'età media per i maschi come per le femmine si è spostata oltre la soglia dei 70 anni. Si voleva con ciò dire, se ne riparlerà, che il concetto delle due generazioni, così come tutti i concetti del diritto comune, non è assoluto ma relativo, legato a ciò che avviene nel contesto che tali concetti aiutano a decifrare.

Sul punto tornava il Commissario della Legge con la sentenza **in data 13/6/1930 (causa n.73/1928)** le cui massime poco o nulla aggiungono alla nostra materia, solo la precisano in termini più generali dato anche che argomento della decisione non era una servitù di passaggio ma una servitù di acque:

**“Le servitù si acquistano a mezzo della prescrizione o con il giusto titolo e il decorso di dieci anni per le continue e di venti per le discontinue (prescrizione *longi temporis*) e di tempo immemorabile per le discontinue.**

**L'accertata *scientia et patientia* del proprietario del fondo servente può, in determinati casi, dispensare chi prescrive dal provare la esistenza del giusto titolo.**

**La *scientia et patientia* non è esclusa dalle proteste verbali ma solo dalla *contradictio o giudiziale o quae factis testata sit*”.**

Nel 1936 (sent. 18/8/1936, causa n.234/1934) il Commissario della Legge tornava sull'argomento, decidendo una controversia originata dalla contestata apertura di una finestra, enunciando nella parte motiva due considerazioni generali che pare abbiano lasciato traccia:

**“Le servitù, nel diritto comune qui vigente, si possono costituire e acquistare in quattro modi: 1) per atto o convenzione; 2) per disposizione di ultima volontà; 3) per sentenza giudiziale; 4) per usucapione o prescrizione”. ...”; “... in materia odiosa quale quella della servitù il consenso deve essere esplicito: deve essere provato e non può presumersi.”**

Entrambe le affermazioni erano appoggiate all'autorità del Richeri. Sull'argomento aveva modo di pronunciarsi l'allora **Giudice delle Appellazioni Civili, Arturo Carlo Jemolo** (sent. 17/7/1954, causa n.37/1953): l'illustre giurista esaminava una fattispecie

complessa, e risolveva il punto, l'unico, che qui ci interessa con l'adozione dello strumento del giuramento suppletorio su un tema altrimenti non suscettibile di decisione: **“Inoltre il Giudice non può non chiedersi, pure avendo presente che si tratta di un territorio ove vige il diritto comune e non il codice italiano, se sia proprio verosimile che due distinti avvocati, intendendo creare un rapporto reale destinato ad avere valore anche per gli aventi causa, non pensassero a mettere due righe di nero sul bianco, a scambiarsi almeno delle lettere”**.

Il problema, come è evidente, era quello della dimostrazione dell'esistenza di un accordo verbale fra i due titolari dei fondi, il dominante e il servente, fermo restando che nel regime del diritto comune non si esige la forma scritta per gli atti traslativi del dominio o di limitazioni di esso.

Negli anni seguenti le sentenze sul tema della servitù di passo non si può dire abbondino: una sentenza in data 17/1/1962 (causa n.400/1958), ripete i concetti usuali, nel 1967 (sent. 2/9/1967, **causa n.169/1965**) affiorava però una nozione nuova, sin allora mai utilizzata, probabilmente perché il caso di specie non si era presentato:

**“... se possa parlarsi di servitù costituita mediante destinazione del padre di famiglia.”** (Per vero la nozione era già stata utilizzata quaranta anni prima, se si deve dar credito alla massima, solo alla massima perché la sentenza non è stata pubblicata, della sentenza 2/1/1926, causa n.89/1925, che così suona:

**“La servitù di stillicidio può costituirsi con la destinazione del padre di famiglia”).** La tradizionale, già ricordata, quadripartizione delle vicende costitutive della servitù subiva una breccia, a meno che non si voglia far rientrare pure la destinazione del padre di famiglia fra gli atti e le convenzioni indicate al punto primo del ricordato elenco. Successivamente, la sentenza 11/6/1968 (causa n.385/1965, da consultarsi nella vecchia edizione San Marino, ATE, 1975 poiché la nuova per errore tipografico è lacunosa), aveva modo di esporre in maniera più approfondita il pensiero dell'avv. Ramoino sul punto che qui ci interessa: premesso che si tratta di servitù discontinua tale che, secondo le *Leges Statutae*, non possa acquisirsi per prescrizione ma solo per l'immemorabile o per il possesso di un titolo, poiché gli attori avevano scelto la strada dell'immemorabile, il Ramoino proseguiva **“In sostanza; a provare l'immemorabile si richiedono due estremi. Il primo positivo e riguardante la “vetustas” e cioè la durata dello stato di fatto (esistente al momento della contestazione della lite) da lunghissimo tempo (si fa da molti autori richiamo ai 120, ai 100 e agli 80 anni). Il secondo negativo e consistente nella esclusione di ogni notizia di uno stato anteriore contrario.**

Per la prova dei due estremi attesta il De Luca (*De regularibus*, 136: sic! per evidente errore già segnalato) che **i testimoni** (per mezzo dei quali essa prova viene in genere fornita) **devono essere chiamati a deporre su tre circostanze: a) che essi medesimi hanno visto per un tratto di quaranta anni oltre la loro pubertà, esercitarsi gli atti in questione (*Quod sint quinquaginta quator annorum, ultra quadriginta annis se vidisse, possint testificare*); b) che i loro maggiori avessero riferito loro di averli veduti anch'essi esercitare nel tempo innanzi (*Quod dicant, se ita audivisse a suis maioribus*); c) che alla loro volta i maggiori avessero udito la stessa cosa dagli avi (*Quod sit antiqua et communis opinio et maiores nec viderunt nec audiverunt contrarium*)”**. Il regolamento della prova veniva così inasprito, spostando all'indietro la prova negativa sì da renderla o impossibile o compiacente. Già si è detto che il passo del De Luca è citato erroneamente e questo Giudice non lo ha rintracciato altrove, è anche a dirsi che l'impostazione del discorso porta a rendere, non difficile ma addirittura

impossibile per gli utenti di buona fede il ricorso all'immemoriale. Se infatti, seguendo il Richeri (II,917) che segue il Fabro, si pretende che sia atto interruttivo la *contradictio judicialis aut quae factis non verbis testata sit*, si giunge alla conclusione che l'utente di mala fede si preoccuperà di accumulare testimonianze a futura memoria e tenerle a disposizione per litigi venturi, non essendo in alcun modo ostacolato dalla mala fede, mentre quello di buona fede, *domino sciente et patiente*, non avrà alcun motivo di premunirsi e si troverà sprovvisto delle prove che i testi, nel frattempo certo defunti, avrebbero potuto fornirgli. Si è detto che l'affermazione del De Luca non ci è stata reperibile, affermazione simile però si può rinvenire nelle *Conclusiones* del Toschi (v. *Servitus*, concl. 221), ove con riferimento a servitù di scolo di acque si ricorda la necessità "*quod ita audiverint a suis antecessoribus...*" prendendo spunto da un *consilium* di Paolo di Castro. L'affermazione era senz'altro rigorosa, in tono certo minore rispetto a quella attribuita al De Luca, gli *antecessores* si limiteranno a ricordare il tempo della loro vita, senza ulteriori specificazioni, ma il richiamo alla naturale libertà dei beni poteva indurre a passar sopra ai pericoli che ho ricordati.

E' ben vero che il possessore di buona fede ha per solito un titolo, ma allora il discorso si sposta dall'immemoriale al titolo, e per di più al titolo presuntivo o al titolo mancante di prova scritta come avviene per le convenzioni verbali, di un titolo in qualche cosa non perfetto, perché se si avesse un titolo perfetto non si avrebbe motivo di ricorrere al soccorso dell'immemoriale.

E' inoltre a dirsi che dalla citata impostazione deriva una assoluta impossibilità di riconoscere mai l'esistenza di una servitù che trovi *vim tituli* nell'immemoriale: se, infatti, chi chiede dichiararsi l'esistenza della servitù è, secondo le note regole, gravato dell'onere della prova, la prova dell'inesistenza di un ricorso di situazione in contrario diverrà una prova negativa, con le difficoltà notissime che la prova negativa suole comportare.

Negli stessi anni, la rassegna di Giurisprudenza Sammarinese pubblicava nella rubrica Dottrina e varietà giuridiche (cfr. II fasc. dell'anno III, 1965, pp.279 sgg.) un saggio di Giambattista Polacchi, allora Uditore presso il Tribunale Commissariale, sul tema: Le servitù prediali costituite per destinazione del padre di famiglia nel diritto comune. La pubblicazione sulla Rassegna, su un organo ufficiale quindi, aveva, in un paese ove vige il diritto comune, un valore particolare, inseriva l'autore nella lunga serie dei *doctores* le cui opinioni hanno contribuito a formare appunto quel diritto, più ancora delle sentenze, dato che è ovvio ricordare che il diritto comune è diritto giurisprudenziale più che diritto giudiziale. Il pregevole saggio del giovane giudice, ispirato probabilmente dal Ramoino che amava avviare i giovani sulla via della ricerca, ricostruiva la genesi dell'istituto, lo riteneva perfettamente applicabile nella Repubblica, ricordava un passo del Cipolla, massimo trattatista delle servitù sulla presunzione dell'esistenza di essa allorché due fondi uniti venissero divisi per successione ereditaria, alienazione, e simili. Sul punto si avrà occasione di ritornare.

Negli anni successivi si riscontrano una sentenza del Giudice delle Appellazioni Civili, Guido Astuti (sent. 15/3/1971, causa n.158/1967) una sentenza del Commissario della Legge, Lamberto Emiliani (sent. 2/3/1973), e la successiva sentenza del Giudice delle Appellazioni Giovanni Cassandro (sent. 24/7/1975), che sul punto in esame di poco o nulla si discostano dalla giurisprudenza della quale si è dato conto.

La sentenza impugnata peccerebbe, secondo i ricorrenti, per due capi almeno, il primo l'aver tenuto in non cale i testimoni a favore, qualificati come compiacenti o interessati,

il secondo per l'aver dato gran fede alle dichiarazioni del geom. Cesarini, sentito non come tecnico d'ufficio ma come tecnico di parte. Il primo rilievo può senz'altro esser accolto, dato che il Commissario della Legge scrive:

“E’ da porre soprattutto nel dovuto rilievo che le testimonianze rese sono troppo palesemente compiacenti e provengono da persone legate agli attori da vincoli, seppure lontani, di parentela o di affinità ovvero da estranei interessati all’esistenza della servitù di passo in quanto proprietari di immobili adiacenti a quelli delle parti in causa.”

La valutazione dell’attendibilità dei testi rientra nelle prerogative dei giudici, sicchè in nulla può contestarsi l’opinione sopra enunciata: si potrebbe però desiderare che il giudizio di inattendibilità fosse motivato: perché i testi non sono attendibili? Forse perché legati da vincoli di parentela? Questo Giudice ritiene che così non sia, anche perché legati da parentela o affinità risultano pure le parti in causa. Se tutto nasce da una lontana ma non lontanissima divisione tra fratelli è evidente che nella cerchia parentale allargata, quella dei discendenti o degli aventi causa da essi, potranno trovarsi le notizie necessarie a provare l’immemorabile possesso della servitù. Di alcuni dei testi, poi, non risulta affatto la sussistenza di un rapporto di parentela o affinità, e allora a che titolo sarebbero inaffidabili? In quanto “compiacenti”? Fermo restando, come già si diceva, il diritto-dovere dei giudici di valutare le testimonianze, sarebbe forse meglio evitare prese di posizione così drastiche nei confronti di cittadini che di null’altro sono colpevoli che di avere collaborato con la giustizia. Questi e simili interrogativi si deve porre chi legga l’impugnata sentenza, e non certo perché ritenga che una migliore valutazione delle rese testimonianze avrebbe potuto portare a diversa pronuncia: se, infatti, l’immemoriale venga trattato alla stregua della giurisprudenza che sopra si è citata non pare dubbio che risalendo la più antica delle attestazioni al 1918 non si fosse compiuto nel 1984 quel tempo che a San Marino pare esser considerato necessario, cioè la durata di un secolo.

Allo stesso risultato, quale che ne fosse il tenore, avrebbe portato anche la testimonianza della più vecchia fra i testi, Albani Adalgisa nata nel 1897, la cui ammissione fu chiesta dalla difesa Vincenti ma, secondo la parte avversa e il giudice, fuori termine. Fu respinta anche la richiesta di ammissione a futura memoria, particolarmente interessante data la veneranda età della teste, ma di essa non è stata chiesta l’audizione nel corso del giudizio di appello e, come si è già detto, neppure essa avrebbe potuto spingere i suoi ricordi oltre la soglia del secolo.

Se, poi, si voglia tenere in conto lo sviluppo della civiltà giuridica sino agli anni '50 di questo secolo con citazioni di pronunce della Corte di Cassazione italiana, si finisce con l’ancorarsi a valutazioni dettate dall’individualismo possessivo proprio dei codici, dimenticando da un lato che a San Marino non si è scelta la via della codificazione, dall’altro che negli ultimi trenta anni, per merito precipuo di Paolo Grossi, si è data diversa lettura del diritto comune con particolare riferimento proprio alla dottrina dei diritti reali. Il sistema del diritto comune si regge, infatti, sul coordinamento delle norme, non sulla loro meccanica applicazione, ciò che comporta fra l’altro che dinanzi ad ogni affermazione della dottrina antica ci si debba chiedere *an hodie idem?* come del resto facevano abitualmente i glossatori.

Il secondo rilievo è solo in parte condivisibile: è certo vero che la relazione del geom. Cesarini è integralmente riportata in sentenza, è certo vero che la sua valorizzazione induce il giudice a scrivere quasi uno squarcio lirico:

“La memoria degli uomini è estremamente labile, la loro volontà compiacente: restano tuttavia i pubblici atti e i documenti catastali a rendere giustizia alla verità ed alla realtà

dei fatti e delle situazioni”. Celie a parte, è a dirsi che come è pacifico i documenti catastali non formano prova, la fornirebbero se si trattasse di catasto per libri tavolari, e sarebbe certo auspicabile che così fosse ad evitare inutili liti ma così non è: i documenti dei catasti formano al massimo un indizio, e gli atti pubblici richiedono attenta lettura e in ciò che contengono e in ciò che omettono per trarne notizia passabilmente certa, tale cioè da consentire una pronuncia giudiziale. In altri termini se il rilievo è solo parzialmente accoglibile, ciò si deve alla convinzione di questo Giudice che non tanto la relazione Cesarini quanto i documenti ad essa allegati siano stati non troppo ma insufficientemente utilizzati.

Nel caso di specie pare indubbio che si tratti di una servitù rustica, e non solo perché l'*actus* è catalogato da tutte le fonti fra le servitù rustiche e mai fatto rientrare nei nove casi di servitù urbane (cfr. per tutti F. Verde, *Tyrocinium ac universi iuris civilis instructio*, Venetiis, 1729, II, 250 sgg.): chi non si lasci trarre in inganno dall'uso che attualmente viene fatto degli immobili ma scenda più a fondo sarà indotto a constatare alcuni elementi di fatto. La casa, si asserisce, fu costruita nel 1820 poiché una lapide che reca tale data trovasi sul fronte principale di essa. Sia che vi sia stato, nel 1820, un rifacimento in muratura di vecchi cascinali sia che l'immobile sia sorto *ex novo*, non pare dubbio che la struttura di esso ricorda quella normale dei cascinali romagnoli, ove un fronte della casa comune ha aspetto decoroso, appunto il portale con la lapide, e l'altro fronte si apre con le stalle prospettandosi verso i campi. Nulla vieta che sussistano altri passaggi, una casa circondata da campi ne ha tanti quante siano le scorciatoie che può usare chi voglia o debba recarsi in casa o nella stalla o altrove. Effettivamente i passaggi sussistono, nel senso che se ne vedono tracce remote: l'uno è di modeste dimensioni, consentiva probabilmente il passaggio di una o più persone e non certo quello dei carri, l'altro posto di fronte all'ingresso principale della casa è sbarrato da un cancello di data indefinibile ma non certo recente, che non reca alcuna traccia di uso. L'essere l'edificio una casa colonica, che i proprietari o gli abitanti fossero dei contadini, pur se contadini facoltosi, emerge anche dall'atto di divisione sul quale sembrano fondare le loro sorti gli appellati. La divisione ha per oggetto non solo e non tanto la casa quanto terreni e somme di denaro, ma ciò che più conta solo uno dei tre fratelli sottoscrive, gli altri due debbono servirsi del crocesegno poiché illetterati. L'utilità che in passato si rivolgeva al fondo rustico, alle esigenze della coltivazione, si è trasferita nelle case di civile abitazione che ormai hanno preso il posto dei cascinali.

Non pare possibile stabilire in quale anno (i documenti agli atti non lo dicono e d'altronde avrebbe poca importanza) siano cessate le attività agricole documentate in tutte o quasi le testimonianze, chi parla di carri agricoli e chi di stalle, chi di trebbiatura e chi, ancora negli anni di guerra 1940/1941, di attrezzi e prodotti agricoli: negli anni 1948/1958 vi era ancora un colono che parla di passaggio utilizzato “per le varie esigenze agricole”.

Gli atti diligentemente raccolti dal geom. Cesarini consentono di vedere il formarsi dell'attuale controversia: nel 1878 il notaio Strambazzi redige l'atto col quale i tre fratelli Vincenti dividono fra sé i beni sino allora costituenti il patrimonio familiare, e probabilmente frutto essi stessi di una precedente divisione familiare se fra i confinanti troviamo altri omonimi Vincenti non interessati al nostro atto. L'iniziativa aveva trovato origine alla morte del padre, presumibilmente verso il 1874 se da quella data il perito Montanari era stato incaricato di predisporre uno schema di divisione formando tre lotti. L'operazione non fu breve, nelle more vennero a morte la madre dei tre fratelli e la

moglie di uno di essi; non fu breve anche perché si trattava proprio di patrimonio familiare nel quale, previa iscrizione di ipoteca, erano state incorporate le doti, in denaro e in diversa misura, delle mogli dei tre fratelli. C'era dunque da risolvere anche il problema dell'estinzione delle ipoteche, c'era di mezzo un minore, la serie degli atti che uno scrupoloso notaio doveva avere dinanzi a sé prima di giungere all'atto finale era piuttosto lunga. L'atto trasmette notizia certa della divisione, fa proprie le risultanze dell'attività del perito che le parti hanno concordemente dichiarato di accettare, assegna i singoli lotti secondo un accordo già raggiunto fra i fratelli, tace del tutto su ogni servitù, in uno degli allegati reca una avvertenza di dubbio, e chiarissimo ad un tempo, significato:

“Al primo gruppo accettato da Vincenti Domenico Antonio deve aggiungersi il prezzo del capanno sito nell'aja lasciato dapprima in comune, di lire 6.648, per cui deve a Pietro lire 2.216”. La notizia dell'esistenza del capanno, ancora nei primi decenni di questo secolo, ma con accenni che non lasciano supporre che il capanno fosse ancora dei discendenti di Domenico Antonio Vincenti, affiora nelle narrazioni dei testi, indotti dall'una e dall'altra parte. Se ne dovrebbe dedurre che il capanno apparteneva *in toto* al Domenico Antonio, che in qualche modo avesse già liquidato l'altro fratello, che ancora fosse in debito, un debito probabilmente saldato subito dopo, col fratello Pietro. Se il capanno era stato lasciato in comune, e solo successivamente attribuito ad uno solo dei fratelli, se ne dovrebbe desumere che l'area sulla quale il capanno insisteva fosse, e fosse rimasta, comune, o al massimo di proprietà esclusiva del Domenico Antonio. Pare però andar da sé che al capanno accedessero tutti i tre condomini, che cioè il passaggio in questione già esistesse, altrimenti i danti causa delle appellate non avrebbero in alcun modo potuto esercitare il loro diritto di proprietà. Se cioè, l'aja apparteneva al Vincenti Domenico Antonio su di essa gravava una servitù di passaggio a beneficio degli altri condomini che avessero necessità di servirsi del capanno comune. Quella servitù cessò per non uso, non se ne parla mai negli atti, e dato il cambio di destinazione dei beni è probabile che per i danti causa delle appellate non rivestisse più alcun interesse, mentre pare essere rimasta per l'altra appellante i cui diritti derivano dal terzo fratello.

Si trattava di servitù nuova, di destinazione vecchia: nella fase dell'unico patrimonio non pare dubbio, data la struttura della casa, che su quella striscia di terra passasse chi aveva ragione di passare, le bestie e il macellaio che andava ad ucciderle, il grano e la trebbiatrice che andava a batterlo, ed anche gli amici, i visitatori, i ragazzini che prendevano la scorciatoia fra i campi per andare a scuola, del tutto ignari questi ultimi di stare violando il sacro diritto di proprietà. Dopo il 1878 si può tranquillamente presumere che sia avvenuto lo stesso, la consuetudine del padre di famiglia di utilizzare un bene proprio a servizio di altri beni proprii ha continuato a sussistere allorché i beni mutarono proprietario, solo allora si può tecnicamente dire che venne a sorgere una servitù, gli interessati transitarono per il cammino usato non più *iure domini* *sed iure servitutis* senza contraddizione alcuna, almeno sinché i beni non cambiarono natura o se si vuole funzione, le case rustiche divennero case cittadine, e così qualcuno vuole le aiuole fiorite, qualche altro fa diventare la casa un negozio con traffico di clienti non sempre e non solo bene educati, e scoppia il conflitto che per almeno due delle parti è privo di legittimo fondamento, poiché hanno entrambe torto. E' illegittimo togliere il passaggio a chi l'ha, ma è egualmente illegittimo, e data la giurisprudenza Sammarinese bastava una istanza al Commissario della Legge per farlo cessare, l'uso di attribuire a *quibus de populo* una servitù di passaggio che è un onere reale, da fondo a fondo e a

coloro che vi operano, i loro operai, i loro amici, non certo una ridda indistinta di clienti. Per quest'ultimo punto è inutile spender parole, il concetto l'aveva già enunciato il Commissario Ramoino in un sentenza del 20/12/1929, causa n.82/1928, integralmente pubblicata nella citata raccolta di Giurisprudenza Sammarinese.

Quanto sopra detto consente di pervenire ad alcune conclusioni: la norma statutaria sopra ricordata trova attuazione nel caso di specie non per il suo primo comma ma per l'ultimo: non pare dubitabile che gli appellanti abbiano un *titulus* ed una causa e se non il primo almeno la seconda. Una rilettura del testo, già tediosamente sopra riportato, potrà dare conto del perché si sia detto che la rubrica XLII interessa solo marginalmente il nostro caso. La prima parte del testo, con una soluzione non del tutto nuova, riprende quasi alla lettera ciò che già era sancito dal diritto comune: lo statuario vuole che tale dettato sia applicato senza esitazioni, interpretazioni di comodo, e simili, e la ragione è elencata subito dopo, i litigi che l'uso di passare su campi altrui suole provocare, e l'opportunità di sedarli della quale si occupa, in chiave processuale, la rubrica seguente.

**La fattispecie**, e pare strano che ciò non sia stato sinora notato, **è quella di chi passando su terreno altrui viene a creare col tempo una strada, una scorciatoia, e ad evitare ciò il legislatore provvede anche a dar definizione giuridica del sentiero**: non si tratta di utilizzare passaggio già esistente su suolo altrui o collegato a passaggio proprio. Se in tal senso letta è chiaro che la norma nulla ha a che fare col caso nostro, ma le osservazioni sul testo possono anche spingersi oltre. Sempre dell'*ager*, comunque, si tratta, dei campi coltivati e del pericolo per le coltivazioni, e solo **nei confronti dell'*ager* il legislatore si preoccupa di sancire rigorosamente il nessun valore del passaggio reiterato ove non sia accompagnato dall'immemoriale**. Il richiamo alla via pubblica chiarisce ulteriormente la fattispecie, è colpevole chi usa passare nei campi altrui, evidentemente di percorso più breve rispetto a quello della via pubblica, e non a caso si rinvia per la responsabilità alle rubriche sui danni dati. **E' con riferimento a tale fattispecie che lo statuto esclude il ricorso alla prescrizione e richiede l'immemoriale, ma tale norma rigorosa non può certo condurre a ritenere che a San Marino non si prescrivano le servitù di passaggio, perché ciò comporterebbe il ricorso ad una interpretazione estensiva che in nessun modo pare suggerita dal testo oltre che dalle comuni regole di interpretazione. Le corti, le aie, non sono certo campi, in esse nulla si coltiva, e la struttura della casa ne dà ben conto**, così del resto come i criteri seguiti nella divisione tanto opportunamente allegata dal geom. Cesarini.

**Spiegato bene cosa si possa o non possa fare segue l'*additio*, che ben precisa come tutto quanto sopra esposto non trovi applicazione in chi abbia a suo favore l'immemoriale, e segue altra *additio*: *Et similiter in habentibus causam vel titulum, in quibus casibus iura communia observari volumus***. Il testo si era preoccupato degli abusi, degli *euntes et redeuntes*, aveva ritenuto opportuno dare pure una spiegazione di ciò che si debba intendere per sentiero, aveva formulato una presunzione negativa a carico di chi anziché usare le vie pubbliche pretendeva transitare per i campi del vicino, ove si nota l'insistenza sull'*agrum*, sul sentiero non tracciato e delimitato, ciò che enuncia la preoccupazione di salvaguardare le coltivazioni dal calpestio di uomini e bestie. Naturalmente lo statuario non ignora che sussistono usi ormai secolari che sarebbe difficile e forse dannoso rimuovere, e formula la prima eccezione; ad essa segue la seconda, il richiamo a *causa vel titulus*, e qui si impone piccolo, ulteriore, chiarimento, poiché appare chiaro il contrasto fra le due ipotesi, quella dell'uso illegittimo e quella dell'uso legittimo, sia che quest'ultimo derivi dell'immemoriale sia



che derivi da *titulus vel causa*. In questi ultimi casi, quelli ove sussiste una pretesa di legittimità (di pretesa si tratta, che vi sia anche il diritto lo accerterà il giudice), si rinvia al diritto comune.

Lo statuario, e certamente era un giurista, si è preoccupato di darci una definizione del sentiero, su di esso evidentemente prevedeva possibilità di cavilli, non si è affatto preoccupato di definire *titulus et causa*, rinviando anche in questo modo al diritto comune ove i due termini avrebbero trovato spiegazione: anche su di essa sono possibili discussioni, ma ciò al legislatore non interessava perché, e sul punto è bene insistere, siamo qui sul terreno della legittimità e non su quello dell'abuso. **In un regime di libera circolazione dei beni nulla vieta che Tizio compri, erediti, si riservi in un atto di vendita, il diritto di passaggio su beni altrui: chi abbia un *titulus iustus*, non viziato da violenza, dolo, errore, sembra essere estraneo alla preoccupazione dello statuario, una lite non sorge o si estingue rapidamente allorché il preteso diritto sia sostenuto da una prova, i dubbi possono nascere ove il dante causa non sia *dominus*, e nell'arsenale del diritto comune è agevole rinvenire la soluzione ai dubbi.** Quale che ne sia, comunque, il significato, a nessuno è ignoto che il diritto romano, già dai tempi giustinianeî, conosceva anche il **titolo putativo**, e di questo a mio avviso si tratta, sia nello statuto sia nella fattispecie della quale stiamo trattando. Sul significato di causa è possibile interrogarsi, dovrebbe trattarsi di una ragione alla quale il diritto non esclude la tutela, pur se non abbia trovato esplicazione nelle forme richieste dall'ordinamento, e ciò specie trattandosi di ordinamento che non richiede, come si è già ricordato, la forma scritta per la validità delle convenzioni relative agli immobili. L'endiadi *titulus vel causa* non è d'altronde estranea all'uso linguistico romano e medievale, si è in entrambi i casi nella stessa situazione, una condizione giuridica protetta pur se non tutta compresa negli schemi sottili dei giuristi. Se, poi, si va alla ricerca del contenuto del *titulus iustus* non si senta a constatare che la dottrina intermedia considerò per tale anche l'assenza di opposizione da parte dell'interessato allorché l'uso del bene altrui si verificasse *nec vi nec clam*. La stessa distinzione fra *presentes* e *absentes* procede da tale concetto, la *scientia et patientia* del *dominus* è in qualche misura un *titulus*, se non altro perché radica nella testa di chi intenda prescrivere la buona fede, il convincimento di stare esercitando un proprio diritto.

Da quanto precede deriva la conseguenza che alla fattispecie si applichi il diritto comune che è espressamente citato dal legislatore statuario che dichiara di nulla innovare rispetto ad esso. Ne consegue che dovrà applicarsi non il rigoroso, e a San Marino rigorosissimo, sistema dell'immemoriale ma quello più accessibile della *praescriptio longa*. Poiché una delle parti, come la difesa appellata ricorda, vive altrove e fa solo residenza saltuaria in questa Repubblica bisognerà dimostrare la durata ventennale dell'uso (*inter absentes*), e come ben dice anche la sentenza appellata le testimonianze coprono un arco di tempo ben superiore. Si potrebbe dubitare dell'esistenza del *titulus*, e pure qui occorre brevemente indugiare. E' a dirsi, innanzi tutto, che a nulla rilevano gli accertamenti basati sui dati catastali, dato che come già si è detto da essi può al massimo ricavarsi un indizio; neppure prova in alcun modo il silenzio che gli atti allegati mantengono sulla esistenza o meno di una servitù, trattandosi di *argumenta* e *silentio* che già De Luca non considerava probanti: se però al silenzio si voglia dare un significato esso è in contrasto con quanto assume la difesa appellata, e ce ne dà notizia il Pecchio (*De servitutibus*, Florentiae, 1839, IV, 24, 54) ove trattandosi proprio di divisioni, che il

Pecchio giustamente assimila alle compravendite, formula affermazioni che pare opportuno riprodurre integralmente:

*Ampliatum pariter nostra declaratio pro solariis, ut habeat etiam locum in fundo vendito non excepta servitute viae, itineris, vel actus pro eundo ad fundum emptum, quoties in fundo, superiori a latere eiusdem, adesset via vel actus qui inserviret fundo empto tantum non iure servitutis sed iure dominii quia res sua sibi non servit et per eam transisset emptor cum ipso venditore ad videndum fundum emendum, et in eo casu teneri venditorem etiam talem viam vel actum emptori cedere, uti edocto et non ignoranti eam esse viam deservientem fundo empto, quia illa est ad usum dicti fundi perpetuo destinata, hinc intrat regula venditorem vendidisse fundum cum eadem via et emptorem pariter eam emisse prout erat apud venditorem ...* L'affermazione non è isolata, nelle righe seguenti il Pecchio chiarirà che lo stesso è a dirsi *in ultima voluntate*, e *in venditione*, e ancor più *“in divisione, cum fratres sciebant statum in quo reperiebantur bona ...”*.

In nessun conto poi debbono tenersi le notizie relative ad iniziative, poi non andate in porto ma con progetto approvato che, se realizzate, avrebbero impedito l'esercizio della servitù, poiché di esse si può dire che, pur accettando l'ipotesi che il mancato realizzo fosse stato dovuto a difficoltà finanziarie, ogni opera avrebbe provocato, allora come nel 1984, la reazione degli interessati, ed il procedimento attuale avrebbe avuto altri protagonisti, ciò che non pare in alcun modo determinante.

Il *titulus*, come già si è detto, trova documentazione proprio negli atti di divisione che non segnano la servitù, guardandosi bene dal dichiarare, come usavano fare i notai, che i beni erano liberi e franchi sì da far cadere ogni presunzione: e poi l'annotazione sul capanno, la cui esistenza trova conferma nelle deposizioni di alcuni testi, lascia pensare che almeno per l'aia ove il capanno sorgeva il regime di comunione dei beni fosse proseguito anche dopo la divisione. Ma l'aia è intermedia, chi volesse usarla doveva per forza trovare sbocco proprio sul passaggio oggi in contestazione, che non a caso non inizia dal portone delle appellate ma dallo spigolo della casa dell'appellante Vincenti.

In materia **il più grande trattatista delle servitù rilevava la differenza fra quelle rustiche e quelle urbane poiché le prime sono *parvi praeiudicii*, di scarso rilievo, e ciò potrebbe spiegare perché della servitù non si parli negli atti allegati. *Parvi praeiudicii*, diceva il Cipolla, e non pare che avesse del tutto torto né che dal suo insegnamento ci si debba discostare, anche perché certo *parvi praeiudicii* era all'origine il contestato diritto di passaggio, ed ancor oggi non può certo dirsi sia di grande rilievo, è forse di ostacolo all'*amoenitas* dell'ingresso ciò che non pare determinante per fare cadere una servitù già esistente.**

Venendo ora a conclusione pare possibile enunciare le seguenti proposizioni:

- a) **il testo statutario non parla genericamente delle servitù discontinue, non usa il termine, e qualificare discontinua la fattispecie statutaria porta a indebita generalizzazione: tutto ciò a voler dimenticare che la distinzione fra servitù continue e discontinue (oppure fra aventi causa e causa discontinua) era stata già ritenuta frutto di un errore nella dottrina del diritto comune** (cfr. per tutti Vinnius, *Partitionum iuris civilis libri quator*, Venetiis, 1736, I, LXXX; Sabelli, *Summa*, V. Servitus n.7 “... Mella ... *damnat dictam distinctionem inter servitutes continuas et discontinuas, sed nihilominus ab ea non recedas, quia communis est et ab omnibus fere recepta, ut ipsemet fatitur*”, ove la migliore possibile difesa della tradizione in chiave di certezza del diritto; Pecchio, *De servit.*, cit. IX, XXXV,

20). A ciò va aggiunto che la dottrina medievale già considerando i limiti della distinzione aveva inventato la categoria delle servitù *quasi continuae*, attenuando nella considerazione dei fatti il rigore di partizioni altrimenti inapplicabili. Si pensi che la massima *homo non potest semper ire*, sempre citata a sostegno del *quid* differenziale fra servitù continue e discontinue non trova e già da tempo alcun riscontro nelle realtà, non essendo neppure ipotizzabile chi si faccia il pane quotidiano nel suo forno domestico, non legga i giornali, non abbia quel minimo di vita sociale che consiste nell'uscir di casa e vedere il prossimo. *Homo non potest semper ire* corrisponde ad una realtà di tempi remoti che trova rispondenza odierna solo nel regime cui sono sottoposti i carcerati.

**E' inoltre apparso che all'immemoriale lo statuario vuole si ricorra non per tutte le servitù di passaggio, ma per quelle abusive e che rechino danno alle culture.**

- b) La distinzione fra uso e abuso si staglia nitida nell'opera del massimo trattatista del tema, Bartolomeo Cipolla, ove è chiaramente enunciato come **per le servitù di passaggio che abbiano dalla loro *titulus vel causa* debba applicarsi la *praescriptio longa*, il che vuol dire decennale *inter praesentes* e ventennale *inter absentes***: lo si cita perché l'opera ha avuto grande rilievo nella tradizione italiana, ove ne circolarono anche edizioni in volgare largamente usate dai pratici. Nel caso di specie dalle deposizioni ampiamente risulta che l'uso del passaggio è continuato per un periodo largamente superiore al ventennio, *sine contradictione* dei controinteressati almeno sino al 1984. Il brano, anche in questo caso, merita riproduzione integrale:

*Secundus casus est ... quando utens allegaret seu habuisset titulum concessionis ab ipso domino, et sic ex aliquo titulo praecedenti dicat sibi a domino fuisse servitutem constituta, nec id possit probare per testes vel instrumenta, et in adminiculum suae intentionis inducat coniectum quia usus est servitute praedii domino sciente et non contradicente per 10 vel per 20 annos, scilicet per 10 inter praesentes et 20 inter absentes: quia praesumitur servitus constituta ex causa quae praetenditur praecessisse ... Et istam opinionem tenent communiter DD tam Legistae quam Canonistae ... (De Servit. Urban. Praed., XIX, 6).*

- c) A questo punto occorre solo accertare l'esistenza di *titulus vel causa*, e si può senza timore alcuno sostenere che la destinazione del *paterfamilias* le diede origine, al momento della divisione dei beni del *de cuius*, pur se non espressa in atti, ma presunta in base alle fonti già ricordate.
- d) Quand'anche ciò non bastasse, le fonti utilizzate nel citato saggio del Polacchi al quale si rinvia, ampiamente mostrano come in caso di divisione di beni ereditari, se l'*actio comuni dividundo* è fatta dinanzi al giudice, ma la nostra si fece dinanzi a quell'ausiliare del giudice che è il notaio, si presume che la *consuetudo* o l'*usus* instaurati dal *paterfamilias* sui suoi beni si trasformi in servitù, che è appunto il caso di specie come sopra si è detto.

Le spese seguono la soccombenza.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 2 marzo 1993, n. 103<sup>35</sup>.

Zonzini Luigi (Avv. A.S. Belluzzi) : Giorgetti Rita e Valentini Egidio (Avv. L. Bacciocchi) – Causa n. 259, anno 1984.

**Servitù – Aggravamento – Modifica e trasferimento.**

*Il giudice può autorizzare la modifica e il trasferimento, nel caso in cui l'originario esercizio della servitù sia diventato più gravoso al proprietario del fondo servente, o se gli impedisca di eseguire lavori, riparazioni o miglioramenti ad esso vantaggiosi.*

---

(omissis)

**13.**

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 9 marzo 1993, n. 104<sup>36</sup>.

Istituto per la Sicurezza Sociale (Avv.ti L. Daniele e G.B. Busignani) : Mancini Paolo (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 85, anno 1986.

**Pensione privilegiata – Revoca.**

*La mancata effettuazione di strumento diagnostico, unico in grado di mostrare il decorso dell'invalidità dell'assistito, è imputabile esclusivamente a negligenza o errore dell' ISS.*

---

**FATTO**

Il Signor Mancini fu vittima, nell'ormai lontano 1969, di un infortunio dal quale riportò un'invalidità permanente del 16%: tale invalidità gli fu allora riconosciuta e diede luogo all'erogazione di una pensione privilegiata da parte dell'ISS. In anni più vicini a noi la Commissione Medica dell'Istituto, nel corso di una visita medica, ritenne di constatare che tale invalidità aveva subito un decorso favorevole sicchè era da considerarsi dell'8%, con la conseguenza della cessazione dell'erogazione della pensione. Il ricorso dal Mancini presentato venne respinto dalla Commissione Esecutiva dell'ISS, in data 26/1/1988: tutto ciò mentre a suo avviso e secondo diagnosi mediche appositamente provocate l'infermità non si era purtroppo in alcun modo migliorata.

---

<sup>35</sup> Riforma la decisione di primo grado del 4 ottobre 1991, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, 49. La sentenza di secondo grado è stata confermata dalla decisione di terzo grado del 28 giugno 1994, vedi Parte seconda, Sezione prima – Decisioni di terzo grado, n.4.

<sup>36</sup> Conferma la decisione di primo grado del 15 maggio 1991, inedita.

Costituitosi e opponendosi l'Istituto venivano acquisiti documenti ed esperiri testi, al termine le parti concludevano.

Con sentenza in data 15 maggio 1991 S.S. il Commissario della Legge dichiarava che l'invalidità contratta dal signor Mancini doveva ritenersi ancora della misura del 16% e che pertanto il Signor Mancini manteneva immutato il diritto a vedersi erogare la pensione privilegiata senza soluzione di continuità e quindi con diritto a percepire gli arretrati maturati, con gli interessi legali dalle varie scadenze. Condannava, inoltre, l'ISS al pagamento di spese e onorari di giudizio.

La sentenza veniva ritualmente impugnata dall'ISS, che mostrava scarsa attività processuale, limitandosi a indurre come teste la Presidente protempore dell'Istituto la quale riferiva sull'iter formale della pratica, astenendosi da ogni giudizio medico perché non risulta abbia competenze specifiche in materia sanitaria.

Al termine le parti concludevano.

### DIRITTO

Se, come pare ovvio, l'ISS trova la sua ragione di esistere nella tutela di alcuni diritti dei cittadini ne appare al tutto inspiegabile il comportamento. Si dice e ripete negli atti di causa, è l'asserzione fondamentale del signor Mancini, che l'errore nel quale è incorsa la Commissione Medica deriva dal non avere effettuato l'elettromiografia, l'unico strumento diagnostico a dire del Signor Mancini in grado di accertare con esattezza il decorso dell'invalidità e le eventuali variazioni in meglio o in peggio. Dinanzi ad affermazioni di tale natura l'Istituto ha due possibili risposte, o sostenere che l'elettromiografia non dà esiti certi, e a sostenerlo è ovvio che debba essere un medico di riconosciuta autorità, o, meglio ancora, disporre che sanitari di propria fiducia eseguano, presso una struttura pubblica o privata di sua fiducia, il richiesto esame. L'esame della Commissione Medica non si distacca da quello che effettua un consulente tecnico d'ufficio, deve concludersi con una relazione non dissimile da quella del perito, deve, o dovrebbe in casi come il presente, aver luogo se l'interessato lo desidera con la attiva presenza di un tecnico di parte. In realtà l'ISS in primo grado ha indotto come testi i propri medici, ma l'uno non ricordava il caso, e l'altro precisa, ma a domanda dell'avv. Bonelli, che "non avendo richiesto direttamente l'elettromiografia non si conosceva il referto relativo all'esame che non era stato ritenuto opportuno praticare in quanto indicativo nel caso testimoniassero un peggioramento rispetto al precedente esame dello stesso tipo praticato durante le visite della commissione collegiale svolte negli anni precedenti". Il testo è probabile non rispecchi esattamente il linguaggio del dottor Reffi, la verbalizzazione lascia a desiderare, ciò che qui interessa è l'ammissione che **l'esame non è stato effettuato, e in ciò consiste l'errore dell'ISS, errore poiché, come usa dire, gli enti pubblici non debbono solo essere imparziali, ma anche mostrarsi tali.**

Nella comparsa conclusionale i procuratori dell'Istituto appellante sostengono che le analisi effettuate dagli organi competenti debbono prevalere sulla "documentazione di parte, tra l'altro di difficile interpretazione e non supportata da perizia d'ufficio"; quest'ultimo rilievo è sicuramente accoglibile, ma a nulla rileva poiché questo Giudice ha letto attentamente tutte le carte processuali e mai vi ha rinvenuto una richiesta di perizia d'ufficio. La si sarebbe certamente disposta, e in primo e in secondo grado, se chi vi è interessato avesse formulato l'apposita istanza.

Sostengono, inoltre, che l'azione in giudizio sarebbe tardiva, e secondo criterio meramente formale potrebbero anche aver ragione: si è detto secondo criterio meramente formale poiché i vari esposti che il Mancini andava presentando e che la difesa dell'ISS ricorda hanno senza dubbio valore interruttivo della prescrizione. Diversamente opinando si verrebbe a sostenere che i rapporti fra i cittadini e gli enti preposti alla loro sicurezza debbano svolgersi per vie legali, col consueto spreco di tempo e denaro e col soccombere quasi fatale dei poveri che infatti sentono spesso lo Stato come a sé ostile. Sostengono, infine, che "le conclusioni cui sono pervenute le Commissioni Mediche non sono impugnabili avanti l'Autorità Giudiziaria Ordinaria", e su questo rilievo non è possibile non sollevare dubbi, dato che **dinanzi al giudice si può instare per qualsiasi violazione di diritti da chiunque perpetrata, e poiché l'incompetenza del giudice adito doveva essere enunciata in limine litis, non certo nella comparsa conclusionale.**

Le spese seguono la soccombenza.

#### 14.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 11 marzo 1993, n. 102<sup>37</sup>.

Mularoni Settimio (Avv. R. Bonelli) : Terenzi Gianfranco (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 216, anno 1988.

#### Quietanza – Concetto giuridico.

*Con la produzione in atti della quietanza, non generica, il debitore esaurisce ogni suo obbligo probatorio e pertanto la domanda avanzata dal creditore non può essere accolta.*

#### FATTO

Con istanza in data 8 settembre 1988 il signor Mularoni dichiarava di avere compiuto opere murarie di ingente importo per conto del signor Terenzi, asseriva che al compiuto pagamento di esse mancava ancora la corresponsione di lire 73.310.204=, oltre gli interessi al tasso bancario o in subordine a quelle legale, oltre le spese legali: chiedeva pertanto che il signor Terenzi venisse condannato al pagamento delle predette somme. Costituitosi il convenuto, eccepiva di avere "a saldo e tacitazione definitiva" quanto dovuto, ottenendone una ricevuta sottoscritta dal signor Salvatore Giancecchi, socio dell'attore Mularoni.

Veniva esperito contraddittorio fra le parti, venivano acquisiti documenti, infine le parti concludevano.

---

<sup>37</sup> Conferma la decisione di primo grado del 24 ottobre 1990, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, p. 1648 s..

La procura dell'attore chiedeva la condanna del convenuto al pagamento della somma di lire 91.757.555, risultante del debito pregresso cui accedevano interessi maturati sino al 17 giugno 1987, se tali interessi fossero stati calcolati al tasso del 14%, tasso convenzionale concordato fra le parti, o con proporzionale riduzione se il tasso da applicarsi fosse stato quello legale del 7%.

La procura del convenuto chiedeva invece che si dichiarasse che il signor Terenzi ha pagato tutto quanto dovuto in relazione alle opere murarie da lui appaltate per l'esecuzione al signor Mularoni.

Entrambi, infine, chiedevano che la parte avversa fosse condannata al pagamento di spese e onorari di giudizio.

In data 24 ottobre 1990 S.S. il Commissario della Legge pronunciava Sentenza con la quale, sottoposti a critico esame gli elementi della causa, accoglieva l'eccezione del convenuto, e respingeva la domanda dell'attore, condannando quest'ultimo al pagamento delle spese di giudizio.

La sentenza veniva ritualmente impugnata, la difesa del signor Mularoni chiedendone la riforma per i seguenti motivi:

- a) erroneità nel considerare atto definitivo di quietanza un atto che, invece, poteva al massimo costituire prova dell'avvenuto ricevimento di somme di denaro e titoli da parte del firmatario signor Giancecchi;
- b) mancanza agli atti di ogni prova di altri pagamenti in precedenza effettuati dal signor Terenzi, ciò che rende impossibile ogni eventuale conguaglio;
- c) che il documento considerato come quietanza in quanto non sottoscritto dall'interessato è da considerarsi atto ricettizio, produttivo, quindi, di effetti solo dopo l'espressa accettazione da parte dell'interessato;
- d) che, comunque, nell'elenco delle fatture riportato nel documento di cui trattasi non è indicata una fattura, di stessa data dell'atto, dell'importo di lire 11.361.650= che a tutto voler concedere dovrebbe essere pagata non essendovi alcuna prova che ciò sia avvenuto.

Costituitasi e opponendosi la parte appellata iniziava la procedura nel corso della quale venivano escussi i testi Maurizio Zanotti, e Salvatore Giancecchi, al termine le parti concludevano.

## DIRITTO

Se questo Giudice non ha capito male il punctum della causa si concentra sul documento, predisposto dal Terenzi e sottoscritto dal Giancecchi, cui il giudice di I grado ha attribuito natura di quietanza. E' su di esso, quindi, che occorre intrattenersi.

Sin dall'inizio però un'avvertenza: la sottoscrizione del Giancecchi, che appose anche la data, non forma oggetto di discussione, l'ha ammessa lo stesso Giancecchi nella sua testimonianza. E' certo vero che si tratta di deposizione di molto dubbio valore, il Giancecchi è stato socio del Mularoni, forse lo è ancora, è attualmente almeno sulla carta un suo dipendente, è interessato personalmente a che il giudizio si concluda con una condanna del Terenzi al pagamento delle somme richiestegli e non ne fa mistero (dalla deposizione "sono socio tuttora, lo ero alla data del 22/5/1987 ... se fossi rimasto socio ufficialmente non avrei potuto godere di questo diritto ... è vero sono creditore, in relazione a quanto sopra esposto sono creditore del sig. Terenzi insieme al sig. Mularoni per l'opera eseguita e commissionata dal sig. Terenzi"). Se, dunque, Giancecchi era

socio del Mularoni, e da costui inviato a riscuotere crediti comuni, cade ogni censura relativa alla natura ricettizia del documento de quo. L'espressa accettazione c'è stata, l'ha fornita il Giancecchi, in qualità di socio e cioè a titolo personale e in qualità di agente per conto del Mularoni. Quest'ultimo d'altra parte non pare abbia alcunché eccepito per un periodo di tempo bastevolmente lungo, dal che si dovrebbe dedurre che aveva accettato, fatto proprio, ratificato se si preferisce, l'operato del socio.

Appare allora di dubbia giustificazione l'affermazione che il documento non faccia fede se non del fatto che il Giancecchi abbia ricevuto denaro e titoli dalla controparte: certo il richiamo a fatture debitamente elencate poteva indurre il Giancecchi a indagare prima di firmare, ma questo Giudice è incline a ritenere che egli fosse ben informato dello stato dei conti fra la sua impresa ed il committente Terenzi: diversamente opinando si dovrebbe dubitare della sua sanità mentale, nessuno firma ricevute senza leggerle e senza essersi assicurato della corrispondenza fra la realtà e la sua rappresentazione.

Il concetto giuridico di quietanza d'altro canto, non pare avere attratto l'attenzione della giurisprudenza sammarinese se, salvo errore, la si trova invocata solo una volta e nel caso di specie si trattava di quietanza fatta avanti pubblico notaio. A parte ciò, non si può certo dimenticare che **a San Marino vige un sistema di libertà delle forme, almeno in linea di principio, e si richiede che la forma dell'atto, la sua struttura se si preferisce, sia tale da garantire l'accertamento dell'esistenza di una libera volontà.**

Nel caso di specie, per i motivi detti sopra, pare trattarsi di quietanza, neppur generica come avviene quando si dichiara di non aver più nulla da ricevere, ma specifica se sono addirittura elencate le pretese che si erano tradotte nell'emissione di fatture.

D'altro canto il documento in questione reca la data del 22 maggio 1987, solo il 16 giugno successivo il signor Mularoni si fece vivo (lo afferma una lettera dell'avv. Bonelli in data 30 maggio 1988 che poneva in mora il debitore), ricordando di essere creditore per 91.797.551: nei venti giorni intercorsi il signor Mularoni aveva avuto tutto il tempo necessario per ricostruire lo stato dei pagamenti, ne aveva avuto sin troppo, perché dinanzi ad una quietanza del tipo di quella sottoscritta dal socio Giancecchi i controlli dovevano essere immediati. E' certo vero che sarebbe stato meglio ricapitolare tutta la partita, ricostruendo singoli importi e loro causali, ma la responsabilità di ciò non può ascriversi integralmente al Terenzi, perché la contabilità esibita dal Mularoni non consente di ricostruire l'insieme dei pagamenti e le loro causali. Non per nulla il Giancecchi, teste la cui attendibilità è discutibile, riporta che "il signor Terenzi mi ha chiesto con stupore se ci fosse un'altra fattura ancora che era per l'appunto quella che gli dovevo consegnare". Sempre con ogni riserva sul teste, si può ragionevolmente supporre che se la fattura fu effettivamente presentata essa non dovesse sembrare in nulla legittima al supposto debitore. Ma a parte ciò resta il problema che di tale fattura non si è parlato nel corso del procedimento, sia in primo sia in secondo grado: assorbito ogni interesse della parte Mularoni nel richiedere il totale, del quale la fattura in data 22/5/1987 era ultima appendice, di tale fattura si parla solo nell'atto introduttivo dell'appello, nella testimonianza del signor Giancecchi, nella comparsa conclusionale dell'avv. Bonelli, che ha magistralmente difeso le ragioni del Mularoni ma con scarsa fortuna poiché tali ragioni erano difficilmente sostenibili. Nel caso di specie, non trattandosi di procedura per ingiunzione, appare arduo condannare qualcuno a pagare una somma di denaro solo sulla base di una fattura, di un documento cioè emesso dalla parte che si dice creditrice e che forse anche lo è ma senza averne dato piena prova,



specie ove si pensi che dall'altra parte sta un documento che dichiara assolti tutti gli obblighi derivanti dal contratto d'appalto intercorso fra le parti.

## 15.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 11 marzo 1993, n. 102<sup>38</sup>.

Muscioni Silvano (Avv. L. Bacciocchi) : Concorso dei creditori di Simoncini Giancarlo (Avv. P.L. Bacciocchi) – Causa n. 355, anno 1988.

### **Azione revocatoria concorsuale – Buona fede – Concetto.**

*Non può in alcun modo ammettersi l'esistenza della buona fede, quando non sia stata usata la elementare diligenza nell'acclarare lo stato delle cose.*

---

## FATTO

Premesso che il signor Giancarlo Simoncini, in proprio e quale titolare della Ditta DAS, aveva dichiarato di non essere più in grado di soddisfare i propri creditori e aveva provveduto alla cessione dei propri beni, si è addivenuti alla apertura del concorso fra i creditori, e nominato curatore il rag. Gian Enrico Casali: con decreto commissariale 14 settembre 1988 veniva autorizzato l'esercizio di azione revocatoria nei confronti del signor Silvano Muscioni, poiché nel periodo anteriore di non oltre un anno dalla data di apertura del concorso aveva ricevuto, senza apparente giustificazione, dal Simoncini la complessiva somma di lire 41.030.000=. Seguiva citazione del signor Muscioni il quale si costituiva opponendosi. Nel corso del giudizio furono acquisiti documenti ed esperito l'interrogatorio del signor Simoncini: al termine le parti concludevano.

Con sentenza in data 21 marzo 1991 S.S. il Commissario della Legge dichiarava inefficace, per frode presunta, il versamento della somma di lire 41.030.000= effettuato dal signor Simoncini a favore del signor Muscioni, condannava il predetto signor Muscioni alla restituzione della somma a favore del concorso giudiziale, condannava infine il signor Muscioni al pagamento di spese e onorari di giudizio.

La sentenza veniva ritualmente impugnata, nel corso del procedimento venivano acquisiti documenti ed esperiti testi.

Al termine le parti concludevano.

## DIRITTO

La difesa del signor Muscioni usa l'arma che ha, si impegna nella dimostrazione della buona fede dell'appellante, unica possibile difesa stante il regime della revocatoria della

---

<sup>38</sup> Conferma la decisione di primo grado del 18 marzo 1991, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 18.

quale si tratta. Questo Giudice non ama le trattazioni ab irato, si limita pertanto ad elencare i dati emersi dalle testimonianze rese in grado d'appello:

- a) il signor Muscioni pare essere uomo d'affari e di intensi affari, se sul suo conto presso la Banca Agricola Commerciale vennero effettuate 400 o 500 operazioni nel corso del 1986 (teste Cevoli Agostino) e sul conto della Cassa Rurale di Faetano (teste Zavoli) gli assegni cambiati o versati ammontavano a circa 900 al giorno (sic! Ma potrebbe trattarsi di errore del verbalizzante);
- b) tale condizione di uomo d'affari è evidenziata anche dalla testimonianza del signor Massimo Benini che dalla originaria professione di magazziniere è passato a quella di procacciatore di affari e poi di dipendente sempre del signor Muscioni;
- c) la tecnica dei prestiti è, a dire dell'appellante, sempre la stessa, il Simoncini cioè versava al Muscioni un proprio assegno postdatato ricevendone in cambio un assegno di data corrente e, soprattutto, di pronta solvibilità. Appare chiaro che il signor Muscioni sapesse, non potesse non sapere che il Simoncini aveva esaurito la propria solvibilità, aveva valicato ogni limite di fido bancario, sicchè i suoi assegni non sarebbero stati onorati dalle banche locali. Poteva certo sussistere la speranza che si trattasse di momentanea crisi di liquidità, sicchè in prosieguo di tempo, il tempo garantito dalla postdatazione, essi trovassero regolare accettazione da parte degli istituti di credito;
- d) la vicenda sopra narrata trova scarso riscontro nelle testimonianze dei funzionari delle banche locali indotti come testi dalla difesa del signor Muscioni: nulla risulta poiché lunga sarebbe stata la ricerca per quanto concerne il conto presso la Banca Agricola Commerciale: per quanto concerne la Cassa di Risparmio "... sul conto di Muscioni Silvano c'è poca movimentazione e non si sono riscontrati versamenti eseguiti con assegni ceduti dal Simoncini ..." sul conto, infine della Cassa Rurale di Faetano si trovano due assegni, l'uno per 4.000.000= e l'altro per 2.500.000= emessi dal Muscioni a favore del Simoncini, ed altro assegno dell'importo di lire 7.000.000= sempre emesso dal Muscioni a beneficio della DAS, la società del signor Simoncini.

Da tredici milioni e mezzo a quarantuno la differenza non è piccola, sicchè è a dirsi che manca la prova di un impegno del Muscioni a favore del Simoncini per oltre due terzi della somma della quale è questione.

Dalle risultanze su esposte emerge chiaramente quanto già detto, i dipendenti del signor Muscioni non risparmiano parole per descrivere quanto egli sia buono, caritatevole con gli amici ai quali non chiede ricevute, e neppur interessi, per i quali sacrifica persino i giorni di valuta come nota uno dei testi: tutto questo potrà certo servire per una ipotetica causa di beatificazione, ma a poco giova sul terreno delle prove. Su tale terreno, anzi, desta robusto stupore la circostanza che un uomo d'affari dal forte movimento di denaro, dalle evidenti relazioni con banche non grandissime che, se è vero ciò che hanno detto i testi, dovevano stipendiare qualche impiegato solo per gestire il conto del signor Muscioni, è inverosimile che in questa situazione il Muscioni non sapesse da voci del mercato e da funzionari di banca coi quali non poteva non avere dimestichezza che la situazione del suo amico era ormai drammatica e irreparabile.

Non vi è quindi spazio alcuno per ammettere l'esistenza della buona fede, se per buona fede si voglia intendere anche quella elementare diligenza nell'acclarare, anche per meglio aiutar l'amico, la situazione ormai prefallimentare della Ditta DAS e del suo titolare. Né pare possibile seguire la difesa del Muscioni e dire che non vi è stato danno,

il danno vi è stato certamente poiché grazie al gioco degli assegni scambiati il Simoncini era in grado di contrarre altri debiti, ha ritardato incrementando il passivo il dies fatalis, ha contribuito a porre in essere quell'abnorme rapporto fra attivo (35 milioni) e passivo (6 miliardi) che ridurrà a circa un centesimo la moneta fallimentare. Le spese seguono la soccombenza.

## 16.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 15 marzo 1993, n. 61<sup>39</sup>.

Ercolani Massimo (Avv. A. S. Belluzzi) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. L. Daniele e R. Cesarini) – Causa n. 183, anno 1990.

### **Imposta – Bene strumentale – “Revocatio in duplum” – Incompetenza.**

*Il procedimento è viziato da insanabile nullità per difetto di competenza dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, dovendo, nella specie, la “revocatio in duplum” essere rivolta al Giudice Amministrativo di Appello.*

---

## FATTO

Il Signor Ercolani, socio della S.A. Esse Emme Promotion e pilota partecipante al Campionato Rally, stipulò a suo tempo un contratto di locazione finanziaria con la S.A. Leasing Sammarinese avente per oggetto una autovettura marca Renault Jap tipo Kerockee targata RSM 37175: ritenne che tale vettura date le caratteristiche proprie e data la professione del signor Ercolani avesse diritto ai benefici previsti dagli artt. 2 e 4 del Decreto Reggenziale 24/3/1986, n.46, essendo da considerarsi bene strumentale alla predetta attività del signor Ercolani. Dello stesso avviso non si mostrò l'Ufficio Tributario che assoggettò il veicolo alla tassazione ordinaria. Di qui l'istanza in data 12/6/1990 con la quale il signor Ercolani convenne dinanzi al Tribunale Commissariale l'Ecc.ma Camera onde ottenerne la condanna alla restituzione del quantum a suo dire indebitamente corrisposto.

S.S. il Commissario della Legge ritenne che la fattispecie in esame corrispondesse a quanto previsto dall'art. 21 della Legge 22/12/1972, n.40, dispose pertanto l'apertura di un procedimento sommario, né sul punto vi fu alcuna obiezione da parte dell'attore. Costituitasi in giudizio la convenuta e resistendo, fu sentito il Direttore dell'Ufficio Tributario, furono acquisiti documenti hinc inde, le parti hanno formulato le proprie conclusioni.

Con Sentenza in data 9/1/1992 S.S. il Commissario della Legge accoglieva uno dei rilievi avanzati dalla difesa della convenuta Ecc.ma Camera e respingeva la domanda dell'attore “perché carente di legittimazione a stare in giudizio rispetto alla domanda

---

<sup>39</sup> Conferma la decisione di primo grado del 9 gennaio 1992, inedita.

avanzata” condannando il medesimo attore al pagamento di spese e onorari alla cui liquidazione, in via equitativa, direttamente provvedeva.

Tempestivamente pronunciava appello il signor Ercolani, ma l’appello veniva respinto poiché il già citato art. 21 Legge 22/12/1972, n.40, espressamente prevede l’inappellabilità di tale tipo di pronuncia.

Il signor Ercolani esperiva allora la revocatio in duplum, tale iniziativa veniva debitamente notificata all’Ecc.ma Camera, da considerarsi controinteressata, ma quest’ultima non si costituiva in giudizio, ed il fascicolo veniva inviato a questo Giudice.

### DIRITTO

Col ricorso, avanzato in data 3 marzo 1992, la difesa del signor Ercolani enunciava di avere scelto la via della revocatio poiché l’appello era stato respinto, lamentava che la sentenza di qua fosse da considerarsi interlocutoria “in quanto non entra nel merito del giudizio e cioè non si esprime sulla fondatezza o meno della doglianza dell’attore, la si pronuncia (forse fuori termine) su una carenza di legittimazione attiva, ma sollecitata in giudizio”: ne derivava che non si fosse in sede di inappellabilità poiché il più volte cit. art.21 prevede tale ipotesi come conclusione di un iter processuale che sulla strumentalità del bene si sia pronunciato. La richiesta, come spesso avviene allorché una delle parti in causa sia rappresentata dallo Studio Belluzzi, è senza alcun dubbio arguta, ciò non vuol dire che a priori essa possa o debba essere accolta. Nella citazione d’appello cui deve farsi riferimento poiché dalla reiezione di essa procede il presente ricorso, le motivazioni erano più ampie e i motivi di doglianza meglio specificati come segue:

- a) non sussiste carenza di legittimazione ad agire, e la relativa eccezione è stata sollevata dalla procura dell’Ecc.ma Camera non all’inizio del giudizio ma solo dopo che il Direttore dell’Ufficio Tributario aveva espresso i propri dubbi in materia;
- b) la legittimazione processuale è stata dimostrata in forma che S.S. il Commissario della Legge non ha ritenuto sufficiente, in base alla considerazione che tale dimostrazione viene per solito data in risposta a puntuale eccezione della controparte;
- c) la strumentalità del bene deriva non dal titolo di proprietà ma dallo status della persona alla quale siano applicabili i benefici fiscali di cui al Decreto Reggenziale n.46/1986.

Passando ora ai singoli punti, si deve iniziar col dire che **la revocatio in duplum è una sottospecie della quaerela nullitatis, caratterizzata prevalentemente dal poter essere esperita presso stesso o altro giudice** (le fonti dicono superiore ma sul concetto di superiore questo Giudice ha già più volte manifestato il suo pensiero), **avente ad oggetto la nullità, o l’iniquità che viene su stimolo del diritto canonico equiparata alla nullità. Per esperirla occorre, dunque, che sussista e venga riconosciuta una nullità:** non per nulla l’illustre predecessore dello scrivente, il prof. Astuti, soleva usare il vecchio titolo ormai caduto in desuetudine di Giudice delle Appellazioni Civili e delle nullità. Ove si pensi che sino a tempi recenti vi era un solo giudice d’appello appare chiaro che di ogni possibile nullità potesse o dovesse interessarsi chi rivestiva tale carica, pur tenendo presente che titolari del diritto di giurisdizione erano almeno formalmente e sino a recentissima riforma i Capitani Reggenti ai quali veniva rivolta la dichiarazione d’appello e per delega dei quali il Giudice delle Appellazioni provvedeva a svolgere le proprie specifiche mansioni. Dato che ci si riferisce a norma dello statuto le surriportate

osservazioni non sembreranno del tutto inutili, pur se corrispondono a nozioni sicuramente note a chi per debito d'ufficio leggerà queste prose.

Si tratta, allora, di identificare se vi sia una nullità o una iniquità tale da essere assimilabile alla nullità: il problema della legittimazione processuale potrebbe fornire una, ma così non è. La concentrazione delle eccezioni, la loro esclusiva proponibilità nell'udienza iniziale, la prima nella quale la parte abbia l'occasione di formularle, è frutto del pensiero di Chiovenda, ha ispirato le norme del c.p.c. vigente in Italia, ma in nulla ha potuto modificare norme e principi processuali in uso a San Marino. Lo stesso è a dirsi per ciò che riguarda il principio dispositivo, la causa cioè affidata a ciò che vogliono fare o non fare le parti, tale principio nasce dal liberismo della codificazione, non ha effetti se non limitatissimi in questa Repubblica ove al contrario sono piuttosto penetranti, anche se per solito non vengono esercitati, i poteri istruttori del giudice. Ne deriva che in sé e per sé la presenza o assenza della legittimazione processuale poteva essere accertata dal giudice in qualunque momento del giudizio, in relazione o senza alcuna relazione con la formulazione dell'eccezione da parte di chi vi avesse interesse. Se poi si prova a chiedersi se un collega del XVII secolo si sarebbe sua sponte posto il problema, o se avrebbe accolto senza alcun dubbio il rilievo più che la formale eccezione, la risposta da darsi è sicuramente negativa, per l'ovvio motivo che chi vada in giudizio ha sicuramente un interesse ad agire, è dubbio se abbia anche un diritto ma il giudizio serve appunto ad accertarlo, se è sano di mente è da supporre che abbia ben soppesato le spese e le ambascie alle quali va incontro sicché non appare verosimile che sposi causa non sua, se non nell'ipotesi della gestione di cosa altrui che è, se proprio le si vuole dare qualificazione tecnica, la posizione attuale del signor Ercolani. E', infatti, sicuramente vero che la struttura del leasing mal si attaglia, nata come è nel mondo anglosassone, alle categorie concettuali latine, e nel valutarne la portata occorre sempre un po' distaccarsi, nel caso singolo, dal rigor iuris, ma nel caso di specie non può negarsi che una certa confusione sussista: la vettura è intestata al venditore, può darsi che trapassi al compratore ma ciò è in facoltà di quest'ultimo che solo al termine della locazione deciderà se riscattarla pagando il residuo e per solito minimo prezzo o no. Sul primo punto più che di confusione è però a parlarsi di conseguenza normale di uno speciale regime giuridico, e poiché secondo l'id quod plerumque accidit il locatario suol trasformarsi in compratore i dubbi possono dirsi risolti: più difficile, invece la situazione dell'attuale titolare, che è socio al 50% di una s.p.a., della quale non è il rappresentante legale, della quale non è comunicato l'oggetto sociale sicché non è dato accertare se le gare di rally in esso rientrano o no, che tale società già è titolare di altra vettura, che non si sa in sostanza se le attività sportive siano opera del signor Ercolani uti singulus o del signor Ercolani uti socius della s.p.a. Esse Emme Promotion, pur se a tale ultima conclusione sembrerebbe doversi pervenire dato che la vettura è intestata proprio alla società. Il punto non è di lana caprina, poiché il ricorso al Commissario della Legge aveva come oggetto la decisione non dell'Ufficio Tributario ma del Segretario di Stato alle Finanze che aveva fatto proprio, come suole, il parere dell'apposita Commissione: quest'ultima aveva operato secondo le direttive impartite col già citato Decreto Reggenziale, valutando se il caso rientrasse in una delle categorie in esso previste e formulando risposta negativa. Rileggendo ad hoc la Tabella veicoli strumentali contenuta nel citato Decreto si stenta a ravvisare grave errore da parte della Commissione, la vettura in questione dovrebbe rientrare nella previsione contenuta al n.10, alla dizione Trattori stradali, se è vero che la si usa per trainare la vettura da

competizione che non può circolare su strada, ovvero alla dizione forse più congrua di Autovettura e/o autoveicolo per trasporto promiscuo: e in un caso e nell'altro non senza qualche forzatura del linguaggio italiano. La Commissione, peraltro, non sembra essersi posto tale problema, risolse il caso basandosi sui criteri ulteriori enunciati nell'ultima parte della citata Tabella, in base cioè al "numero e tipo di veicoli, commisurati all'attività per la quale sono stati acquistati, all'organizzazione aziendale nonché al numero degli addetti occupati", come chiaramente si desume dal Verbale allegato agli atti di causa. In tale Verbale, cui è allegata la nota dell'Ufficio Automezzi, così si motiva: "parere negativo in rapporto, 1) alle caratteristiche del veicolo che non lo fanno ritenere commisurato; b) al ridotto numero di dipendenti occupati; c) ai benefici già concessi", risulta infatti che già altra vettura è stata considerata bene strumentale e, quindi, assoggettata a tassazione minore.

Quanto precede è, almeno in parte da considerarsi obiter dictum, se si rimprovera alla impugnata Sentenza di non esser entrata nel merito sembrava opportuno mostrare che anche entrandovi il risultato non cambiava, poiché si è forse ingenerato il convincimento che la vettura in questione possa essere considerata bene strumentale, ma non è per nulla chiaro in quale delle categorie debba collocarsi né è chiaro come possa risponderci alle affermazioni circa la mancata congruità della richiesta alla situazione generale della Esse Emme Promotion, come è richiesto dal già cit. Decreto Reggenziale.

S.S. il Commissario della Legge ha ritenuto che preliminare e assorbente fosse il rilievo sulla legittimazione processuale, questo Giudice ha su di ciò dei dubbi ma si versa in materia opinabile ove poco spazio sussiste per censure. Ritiene, invece, questo Giudice che tutto il procedimento sia viziato da insanabile nullità per difetto di competenza nell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, ciò che risulta chiaramente dalla lettura degli artt. 36 e 37 della Legge 8/6/1989, n.68. **Ogni giudice è giudice della propria competenza, questo Giudice ritiene che dal 1/1/1990 la dizione del più volte citato art. 21 vada emendata nel senso che non al Commissario della Legge ma al Giudice amministrativo di primo grado vada inoltrato il ricorso in tale articolo previsto, constata che tutta la vicenda ha avuto la sua genesi giuridica nel febbraio 1990 (parere della Commissione espresso il 16/2/1990, decisione del Segretario alle Finanze in data 27/2, istanza al Commissario della Legge il 12/6), e che a tale data non residuava più alcuna funzione in materia, anche in materia di nullità, in capo al Giudice della Appellazioni, sicchè la revocatio in duplum doveva esser rivolta al subentrante Giudice Amministrativo d'Appello.**

Le spese, se ve ne siano, seguono la soccombenza.

## 17.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 16 marzo 1993, n. 106<sup>40</sup>.

Michelsoni Massimo (Avv. M. Nicolini) : Limonta Giovanni e Damaschi Armando (Avv. A.S. Belluzzi) – Causa n. 919, anno 1982.

<sup>40</sup> Riforma la decisione di primo grado del 12 luglio 1989, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, p. 1509 s..

**Società di fatto – Scioglimento.**

*La costante giurisprudenza conferma che il concorde giudizio di due periti vincola il giudice. L'atto pubblico deve essere impugnato con la querela di falso, affrontando i rischi che tale querela comporta.*

---

**FATTO**

Nel 1979 fra le parti veniva costituita una società, mediante scrittura privata, destinata ad operare attraverso una licenza commerciale relativa a tessuti e confezioni intestata alla signora Carol J. Grundy, della quale il Micheloni asseriva di avere la disponibilità. Non è chiaro dagli atti se tale contratto abbia avuto, e quale, esecuzione, vi è notizia della chiusura dei conti per l'anno successivo, poi la rappresentazione dei fatti diverge poiché le parti convenute e poi appellate asseriscono che la società fu sciolta per essere il Micheloni incappato in una disavventura (la Sapea) della quale non si hanno notizie certe mentre il Micheloni asserisce il contrario. Ciò che par chiaro è che non sussiste atto di scioglimento, almeno chi vi aveva interesse non lo ha allegato, in contrasto con la espressa dizione di norma contrattuale che prevedeva per lo scioglimento la stessa forma usata per la nascita, cioè la scrittura privata sottoscritta dalle parti. Ciò si dice poiché l'esistenza di un contratto di società non pare in nulla contestata, è anzi uno dei pochi punti fermi in un rapporto processuale nel quale reticenze e renitenze non mancano. Il testo della scrittura è integralmente trascritto in una delle comparse dell'avv. M. Nicolini agli atti in data 7/4/1983, la difesa avversa ha più volte chiesto l'esibizione dell'originale, ma senza successo, l'avv. Nicolini forse colto da radicale mancanza di fiducia nella buona conservazione degli atti processuali ha allegato solo una fotocopia che, si ripete, è più che sufficiente, è addirittura in eccesso dato che tale scrittura non è stata contestata dalla controparte, è stata anzi riconosciuta dal commercialista che l'aveva redatta (cfr. testimonianza resa in data 16/6/1983 dal dottor Enzo Zafferani). Il lungo preambolo si rendeva necessario a fini di chiarezza: nel 1982 essendosi la gestione sociale rivelata deficitaria il Micheloni chiedeva ai soci di risarcirlo delle perdite subite, eccepivano le controparti di non esservi tenute a causa dell'accordo peraltro mai documentato in atti relativo allo scioglimento, si apriva la presente vertenza giudiziaria. Nel corso del procedimento la difesa del Micheloni chiedeva la nomina di un consulente tecnico d'ufficio (cfr. comparsa in data 23/6/1983) cui invano si opponevano le controparti, le quali chiedevano allora che accanto al c.t.u. venisse accolto proprio perito di parte col compito di assistere alle operazioni peritali e su di esse riferire per quanto di loro interesse. Nominato c.t.u. il dottor Lamberto Geri la parte convenuta designava il proprio perito nella persona del dottor Alessandro Valli: in data 14/10/1985 veniva depositata la relazione tecnica del Geri cui il dottor Valli si associava confermandone la correttezza (cfr. in atti dichiarazione 14/10/1985 "... dichiara di aver esaminato la documentazione posseduta dal dottor Geri e di avere constatato la correttezza dell'imputazione contabile"). Dopo di ciò il perito dottor Geri veniva ascoltato all'udienza del 16/12/1986.

Dalla relazione emergeva la sussistenza di un debito dei signori Limonta e Damaschi, dell'importo di lire 47.433.554= per il primo e di lire 45.819.821= per il secondo: a tali

somme dovevano aggiungersi gli interessi calcolati come da accordo inserito nel contratto di società al tasso del 16%.

Dopo di ciò l'avv. Bonelli, allora difensore dei convenuti, rassegnava il mandato (v. oltre), seguiva breve interruzione del procedimento, al dimissionario avv. Bonelli subentrava l'avv. Belluzzi, le parti concludevano.

In data 12 luglio 1989 S.S. il Commissario della Legge pronunciava Sentenza con la quale, esaminati i meriti cause, dichiarava “apertamente e senza mezzi termini che l’elaborato peritale è inattendibile nel suo svolgimento e soprattutto nelle sue conclusioni”, dichiarava la non sussistenza di prove relativamente alla fornitura di merce cui era conseguito l’emergere di un deficit, dichiarava altresì che non si era data prova alcuna né della asserita irreperibilità della ditta inadempiente né dei tentativi di recupero del credito, così come non sussisteva prova dell’accollo del debito medesimo da parte del Micheloni, concludendo pertanto che la domanda del Micheloni dovesse essere respinta, in quanto infondata, e che spese e onorari di giudizio dovessero essere integralmente compensati fra le parti.

La Sentenza veniva ritualmente impugnata, le parti si costituivano, venivano ammessi documenti ed escussi testi, e fra questi ultimi il dottor Geri al quale veniva in tal modo data la possibilità di giustificarsi dinanzi ad accuse cui non avrebbe altrimenti potuto replicare poiché formulate in sentenza.

Al termine le parti concludevano, e la difesa degli appellati sollevava ultima eccezione, quella dell’allegazione tardiva della comparsa conclusionale con la conseguente, a suo dire, diserzione dell’appello. Su di ciò v. oltre.

## DIRITTO

Le parti convenute e ora appellate cercano in ogni modo di evitare il giudizio, e valga il vero:

- 1) in data 13/11/1986 l’allora difensore dei convenuti rassegnava le dimissioni dall’incarico con la seguente motivazione “A seguito mancato invio di riferimenti richiesti ai clienti e del fondo spese, il sottoscritto si dimette dall’incarico”; è appena il caso di osservare che l’avv. Bonelli non è un esordiente, è avvocato di sicura fama e di sicura esperienza, le dimissioni in prossimità della data di formulazione delle conclusioni hanno preciso significato, non era stato messo in grado di assolvere con successo al ricevuto mandato.
- 2) In sede di allegazioni finali l’avv. Belluzzi ha sollevato l’eccezione formale di perenzione dell’istanza: S.S. il Commissario della Legge ha in via pregiudiziale effettuato il computo delle udienze giungendo alla correttissima conclusione che ne erano trascorse 80 (dicesi ottanta), si era quindi ben lontani dalle 90 udienze richieste dalle norme qui vigenti. Parrebbe strano concluderne che l’avv. Belluzzi non sappia contare sino a novanta e sbagli i calcoli, più agevole pensare a una delle tante ruses processuali lanciate sulle onde in nome del non si sa mai.
- 3) Nel corso del procedimento di secondo grado l’avv. Belluzzi ha sollevato l’eccezione della non udibilità del consulente tecnico d’ufficio dottor Geri poiché già si era espresso scriptis et verbis in primo grado. L’eccezione è sicuramente infondata poiché i testi a chiarimento sono sempre richiamabili, tanto più in casi come quello presente ove siano stati sottoposti a pesante censura in absentia.



- 4) Da ultimo, alla conclusione del procedimento d'appello l'avv. Belluzzi manifestava a verbale la seguente convinzione: "Repubblica di San Marino, addì 05 settembre 1991 / Il sottoscritto Avv. Proc., con rammarico, rileva che sono trascorsi i termini per la presentazione delle memorie conclusive e che la cancelleria avrebbe dovuto, a termini del punto X dell'art. 3 Legge 19/01/89 n.5, procedere alla trasmissione del fascicolo al Giudice di Appello. / La mancata presentazione delle memorie conclusive da parte dell'appellante deve ritenersi, a tutti gli effetti, come abbandono della causa d'appello. / Pertanto, il sottoscritto Avv. Proc., espressamente richiede la decadenza della citazione d'appello a tutti gli effetti, con condanna dell'appellante al pagamento delle spese e degli onorari legali. / Con osservanza ...".

E' appena il caso di rilevare che la Legge richiamata contiene anche un art. 22, finale, che così dispone "La presente legge entra in vigore il trentesimo giorno successivo a quello della sua legale pubblicazione e non si applica ai procedimenti civili iniziati anteriormente a tale data", sicchè a nulla rileva in un procedimento come quello attuale iniziatosi nell'ormai lontano 1982. Le affermazioni dell'avv. Belluzzi, scritte a macchina, non tenevano conto, inoltre, non potevano tener conto, del fatto che in data 5/09/1991, la stessa data della comparsa, l'avv. Nicolini aveva prodotto in atti la sua comparsa conclusionale sicchè se del caso non di omessa presentazione ma di tardiva presentazione doveva parlarsi. Ma, come è ovvio, l'avv. Belluzzi conosceva benissimo e l'art. 22 citato e, una volta giunto in Tribunale ove allegò, sempre con la data 5/09/91 la sua comparsa conclusionale, volle far conoscere, ma non ve ne era alcun bisogno perché il fatto è noto, che è avvocato colto e non certo ignaro, e a penna aggiunse la seguente postilla "In aggiunta a quanto sopra, l'opinione sopra espressa è confermata a pag. 84 del Giannini, in Somm. Proc. Civile. / Il termine ad allegare scade in giorni correnti e non giuridici. / In sub-ordine e a dimostrazione che il sottoscritto aveva approntato le memorie, deposita memoria conclusionale".

Dalla Legge del 1989 il discorso si sposta così al Sommario del Giannini, testo base più per il comune consenso di avvocati e giudici che perché l'allora Commissario della Legge si ritenesse in qualche misura legislatore. Anche nell'edizione a suo tempo aggiornata dal dottor Viroli non si dice però che i dieci giorni continui siano fissati a pena di decadenza, sussiste anzi prassi del tutto contraria, che già in più sentenze questo Giudice ha dichiarato non del tutto felice e sanabile in base a poteri di indirizzo del Commissario della Legge dirigente. Tale prassi consiste nell'asporto del fascicolo da parte di uno degli avvocati che, provveduto a redigere la sua comparsa conclusionale, restituisce il medesimo fascicolo alla Cancelleria ove lo preleva il collega di controparte, che effettua la medesima operazione e poi entrambi gli avvocati presentano le proprie memorie. Se e quando si è alunchè eccepito su questa prassi lo si è fatto non perché si ritenga che i termini siano perentori, ma perché nell'era dei computers e della xerox non pare più indispensabile il sistema invalso. A tale validità, si sono costantemente attenute le difese in tutti i processi passati all'esame di questo Giudice nell'ultimo decennio, a tale sistema pare poter concludere si siano adeguati anche i difensori delle attuali parti se è vero, come è vero, che entrambe le comparse conclusionali recano, sarà un caso?, la stessa data, il 5/09/1991. E allora, se è massima costante che non può eccepire la nullità chi ha contribuito a crearla, come mai potrebbe trovare ascolto la doglianza dell'avv. Belluzzi anche se essa non fosse per altri motivi destituita di fondamento?

Venendo, ora e finalmente, al merito, è a dirsi subito che la Sentenza impugnata pecca, e in più luoghi, di assenza di rigore logico, se ne dà schematica dimostrazione:

- 1) si può anche asserire che l'attore non ha dato dimostrazione del suo assunto, ma allora non si possono compensare spese e onorari che debbono invece gravare su chi abbia dato vita ad una immotivata richiesta;
- 2) la giurisprudenza di primo grado, in questa Repubblica, ripete un po' meccanicamente che il **concorde giudizio di due periti vincola il giudice**: nel caso presente al perito d'ufficio si è associato quello di parte, ne abbiamo riportato la dichiarazione, e allora deve dirsi che contro i signori Limonta e Damaschi si pronunciano due periti, l'uno dei quali è il perito da loro designato. E' quanto meno dubbio che la parte che induce un perito possa trascurarne la deposizione allorchè tale deposizione non sia confacente ai propri interessi;
- 3) anche tralasciando l'argomento, per vero un po' meccanico, di cui al numero precedente, è a dirsi che questo Giudice in nulla trova "inattendibile" la perizia del dottor Geri, specie dopo i chiarimenti apportati in grado di appello, chiarimenti che certo avrebbe fornito anche in primo grado se ci si fosse preoccupati di formulargli le apposite domande. Per quanto riguarda le importazioni ed esportazioni il perito ha ben chiarito che esse avvengono su controllo della forza pubblica che sottoscrive i relativi verbali. Si può anche supporre, tutto si può supporre, che vi siano firme di comodo o di compiacenza più o meno interessata, **ma dinanzi ad ogni atto pubblico occorre o tacere o impugnarlo con la querela di falso, affrontando i rischi che tale querela comporta**. Nessuno lo ha fatto, né era prevedibile che alcuno lo facesse;
- 4) risulta dalla documentazione agli atti che il Micheloni diede disposizioni alla banca affinché sul suo conto corrente potesse apporre la propria firma anche uno dei soci, adempiendo così la propria obbligazione: a nulla rileva, in assenza di atto di scioglimento della società, che il socio abbia o non abbia esercitato la facoltà così concessagli, così come a nulla rilevano gli eventuali motivi di tale comportamento;
- 5) il perito d'ufficio ha ben chiarito la dinamica delle attività sociali, a tale chiarimento nulla si è opposto da parte dei controinteressati se non che non si doveva sentire il dottor Geri ciò che costituisce una ben strana opposizione, più pregiudiziale che giudiziale.

In tale situazione appare necessario accogliere l'impugnazione riformando la Sentenza de qua.

Come già si era detto all'inizio la perizia Geri aveva quantificato le somme dovute dai signori Limonta e Damaschi, avvertendo che tali somme erano da gravarsi, in base a preciso accordo contrattuale, degli interessi al tasso del 16%. Tale tasso, che supera quello legale di questa Repubblica pare applicabile sino al momento della domanda giudiziale e non oltre, le somme sopra indicate saranno pertanto gravate degli interessi al tasso predetto dall'insorgere dell'obbligo sino al giorno della domanda introduttiva del giudizio (24 novembre 1982), da tale data saranno produttive di interessi al tasso legale.

Le spese seguono la soccombenza.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 28 aprile 1993, n. 108<sup>41</sup>.

De Biagi Silvano (Avv. L. Bacciocchi) : Concorso dei creditori di Simoncini Giancarlo (Avv. P.L. Bacciocchi) – causa n. 386, anno 1988.

**Cessione dei beni – Concorso dei creditori – Processo concorsuale unico.**

*L'acquirente, contro il quale il curatore del concorso esperisce l'azione revocatoria, deve provare di aver ignorato il dissesto del venditore o, ad ogni modo, di non averlo sfruttato a proprio vantaggio.*

---

**FATTO**

Con ricorso avanzato il 30/3/1987 il signor Simoncini, in proprio e quale titolare della Ditta DAS, premesso di non essere più in grado di far fronte alle obbligazioni assunte con i propri creditori, dichiarò di cedere ai creditori stessi i beni di sua proprietà con riserva di formulare eventualmente una proposta di concordato. Con decreto 7 aprile 1987 il Commissario della Legge dichiarò aperto il giudizio di liquidazione dei beni di proprietà del signor Simoncini, e con successivo decreto nominò il rag. Casali curatore della procedura di liquidazione dei beni. Con relazione in data 27/11/1987 il curatore ebbe a rilevare che poiché l'attivo ammontava a lire 30.355.000= ed il passivo a lire 600.815.000= ogni proposta di concordato era impossibile e con successivo decreto 3/2/1988 venne dichiarato aperto il giudiziale concorso dei creditori del signor Simoncini. Con decreto 9/11/1988 il curatore venne autorizzato ad esperire azione revocatoria nei confronti del signor Silvano De Biagi il quale, circa due mesi prima della data di apertura della cessione dei beni, aveva acquistato dal Simoncini una rilevante quantità di merce e di attrezzature per la somma di lire 144.500.000= complessive. Citato il signor De Biagi, quest'ultimo si costituì in giudizio e chiese la reiezione dell'istanza in quanto proposta fuori termine e comunque infondata. Il giudizio ebbe normale svolgimento, vennero ammessi documenti e interrogato il signor De Biagi, su richiesta della stessa parte convenuta. Al termine le parti conclusero.

Con sentenza in data 4 aprile 1991 S.S. il Commissario della Legge accolse l'istanza attrice, dichiarando la nullità e inefficacia dell'alienazione di merci fatta dal signor Simoncini al signor De Biagi condannando pertanto quest'ultimo al pagamento della predetta somma di lire 144.500.000=, con gli interessi alla ragione legale dalla data del 21 gennaio 1987 al saldo, nei confronti del predetto Concorso, nonché al pagamento di spese e onorari del giudizio.

La sentenza fu ritualmente appellata, le parti si costituirono, si svolse la presente fase di giudizio nella quale fu escusso un testimone che peraltro nulla dichiarò di sapere sul tema oggetto di controversia. Al termine le parti conclusero.

**DIRITTO**

---

<sup>41</sup> Conferma la decisione di primo grado del 2 aprile 1991, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 20.

Bisogna dare subito atto alla difesa del signor De Biagi di avere fatto tutto l'umanamente possibile per tutelare una posizione che aveva ben scarse possibilità di successo, dato che se il rilievo sulla intempestività dell'istanza attorea già discusso nella Sentenza di primo grado è da respingersi e si vedrà il perché, anche il discorso sulla prova di non conoscenza dello stato di dissesto del Simoncini e sul mancato danno dei creditori di quest'ultimo, pur bene argomentati, non possono essere condivisi.

Per quanto riguarda il primo rilievo è a dirsi che quale che sia la prassi seguita in materia la norma della legge sui Concorsi è chiara, potrebbe anche portare a concludere che dal decreto iniziale e solo da esso possa discendere tutto il resto, che i successivi decreti possano essere utili cioè ma non necessari. Basta inoltre riflettere alla circostanza che la legge non fa distinzione fra dissesti di aziende complesse e dissesti semplici, per cui in un dissesto di sua natura complesso potrebbe richiedersi ben più di un anno solo per accertare che non si possa far luogo alle ipotesi concordatarie, nel quale caso, pur essendo più che noto a tutti il dissesto, verrebbero ad essere salve tutte le alienazioni per avventura effettuate in danno ai creditori. Che poi il signor De Biagi non sapesse le condizioni nelle quali si trovava la Ditta DAS appare inverosimile: se entrambi esercitavano la stessa attività e in locali non distanti come appare dagli atti di causa, può anche esser vero che non intercorressero fra i due colleghi dei rapporti di affari, ma non è credibile che non avessero a che fare con gli stessi agenti di commercio, fornitori, trasportatori, che all'uno e all'altro provvedevano a far pervenire le stesse merci, e che notizie su ritardi nei pagamenti, sulle difficoltà di esercizio, sulla contrazione negli ordini non circolassero fra persone tutte interessate, sia pure a diverso titolo, alla presenza sul mercato o alla scomparsa della Ditta DAS.

Per quanto poi riguarda il danno è di tutta evidenza che la scomparsa delle merci, e quindi la loro scomparsa dal mondo dei beni che il curatore può porre in vendita per soddisfare nella misura massima possibile i creditori arreca a costoro un danno, abbassa certo la percentuale di attivo che verrà fra di essi ripartita, sicché il danno non è soggetto a possibili dubbi e, dato il mestiere esercitato dal signor De Biagi appare del tutto improbabile che egli non se ne rendesse conto. Neppure, infine, può dubitarsi che il Simoncini non dica il vero allorché parla di un pagamento delle merci al prezzo di costo, ma di un effettivo esborso in misura minore, poiché non si vede l'utilità per il De Biagi di acquistare, correndo il pericolo della revocatoria, delle merci allo stesso prezzo al quale le avrebbe pagate richiedendole agli abituali venditori di esse.

## 19.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 14 giugno 1993, n. 122.

S.A. San Marino Componenti (Avv. A. Selva) – Causa n. 178, anno 1986.

**Società – Riconoscimento giuridico – Revoca – Nullità<sup>42</sup>.**

(omissis)

---

<sup>42</sup> Per approfondimenti si rimanda agli artt. 12 e 16 della legge 13 giugno 1990, n. 68.

---

## FATTO

La vicenda può ricapitolarsi rapidamente: sotto l'impero della vecchia legge sulle società si distingueva fra un nulla-osta alla costituzione di esse ed una revoca del riconoscimento. Non motivato il primo provvedimento, bisognoso di motivazione il secondo, ma non sembrava revocabile in dubbio che l'impulso determinante e all'uno e all'altro provvedimento dovesse darlo il Congresso di Stato. In anni più recenti da una parte del Dicastero dell'Industria fu sottoposto ad esame l'operato delle società già costituite, e per alcune di esse si notò il mancato rispetto degli obblighi liberamente assunti all'atto della concessione del nulla-osta iniziale. Ne scaturì, ma con il linguaggio talvolta impreciso, l'invio degli atti al Tribunale Commissariale per l'emissione del Decreto di revoca del riconoscimento. Questo Giudice, cui le parti si rivolsero in sede di appello, ritenne di non essere competente a provvedere: motivò la propria declinatoria con la considerazione che le norme vigenti configuravano il Decreto Commissariale come atto dovuto da parte dei giudici, con la conseguenza che il Giudice delle Appellazioni potesse valutare solo la legittimità esteriore del Decreto, la sua corrispondenza alla deliberazione del Congresso di Stato, non anche la corrispondenza della Delibera Congressuale a quanto richiesto dalle norme allora vigenti. Sul punto non mancò di rifarsi alla scarsa ma autorevole giurisprudenza del passato. Suggeriva pertanto alla parte appellante di rivolgersi al Consiglio dei XII, organo giurisdizionale la cui competenza prevedeva anche la valutazione delle Deliberazioni del Congresso di Stato. A questa impostazione furono mosse critiche, si giunse a diversa ricostruzione della fattispecie ma, non ostante il diverso parere di autorevolissimi colleghi, questo Giudice non può dire di avere cambiato opinione sul punto in contestazione.

La strada indicata in sentenza fu seguita dalla attuale ricorrente e da altre società, con esito nel nostro caso imprevedibile: il Consiglio dei XII designò infatti un consulente nella persona del prof. Severino Caprioli, poi ne designò altro nella persona del prof. Umberto Santarelli, e in data 7 marzo 1991 deliberò "di non accogliere i pareri espressi dal prof. Severino Caprioli e dal prof. Umberto Santarelli". In data 29 marzo 1991 il Commissario della Legge:

"Visto e preso atto che il Consiglio dei XII, disattendendo i pareri dei nominati consulenti, ha deliberato di non accogliere il ricorso presentato dall'avv. Francesco Ciacci in data 22 dicembre 1987, conferma la revoca del riconoscimento giuridico ...".

Tale provvedimento, subentrato alla difesa della San Marino Componenti S.A. l'avv. Alberto Selva, veniva ritualmente impugnato.

## DIRITTO

Il problema che si pone al giudice è più complesso di quanto sembri, dato che il caso è ormai più storico, essendo cambiata la norma, che attuale: resta attuale solo per la società ricorrente e per altre che abbiano eventualmente esercitato il loro diritto all'impugnazione.

E' a dirsi subito che in base ai principi che questo Giudice aveva a suo tempo formulati non pare dubbio che sussista la competenza: anche a limitare i poteri del Giudice delle

Appellazioni al controllo della mera legittimità del decreto impugnato sussistono più che fondati motivi per provvedere alla declaratoria di nullità. Il Consiglio dei XII, infatti, non ha in alcun modo respinto il ricorso della società San Marino Componenti, ha più semplicemente deliberato di non far propri i pareri dei consulenti. Dalla circostanza che entrambi i pareri proponessero l'accoglimento del ricorso si può anche presumere, è ciò che ha probabilmente fatto il Commissario della Legge, che detto Consiglio volesse confermare e Delibera del Congresso di Stato e successivo Decreto Commissariale, ma si tratta di mera presunzione dalla quale appare un po' arduo far dipendere la sorte di diritti e interessi dei terzi. Operando in via di presunzione si potrebbe anche ipotizzare che il Consiglio si riservasse, ancora si riservi che non risultano termini di decadenza, di interpellare altro o altri consulenti, allargando il raggio delle proprie conoscenze: in tal caso il Decreto sarebbe quanto meno intempestivo. Né a miglior risultato si perviene accogliendo la suggestiva tesi recentemente avanzata secondo la quale il Consiglio dei XII una volta designato il consulente si sarebbe spogliato dei suoi poteri: se come pare il Consiglio ha rilevanza costituzionale si deve tener conto del modo in cui lo stesso Consiglio vede se stesso, delle prassi cioè che si sono instaurate o si vanno instaurando. Orbene è a notizia di questo Giudice che non per la prima volta nel caso di specie si è designato altro consulente dopo avere udito il parere del primo designato, sì da doverne desumere che il Consiglio si ritenga ancora in pieno possesso della propria capacità di giudicare. L'affermazione può sembrare paradossale, ma non lo è in quanto mira a rendere ben certo che teorie e istituti dei paesi vicini possono trovar accoglienza nell'ordinamento della Repubblica solo se e quando la medesima Repubblica abbia in modo inequivocabile mostrato di essere incamminata sulla via già bene o male percorsa appunto dai paesi vicini. Occorre, in altri termini, espressa norma sulla quale incardinare e dalla quale fare discendere ogni teorizzazione, sempre tenendo ben presente che la Repubblica è senza alcun dubbio uno Stato democratico, ma è pure uno Stato che gli istituti della democrazia rappresentativa ha accolto più tardi degli altri Stati europei, e in modo affatto proprio, originale, non modellato sugli schemi degli altri Stati che tutto o quasi discendono dalla Rivoluzione francese che, come è noto, sfiorò soltanto il monte Titano. Non a caso l'illustre predecessore dello scrivente suggeriva di utilizzare l'esperienza inglese o quella svizzera a differenza di altre, e non certo perché volesse instaurare una monarchia o perché supponesse l'esistenza in San Marino di più nuclei di popolazione di diversa nazionalità e lingua.

Seguire, nell'esperienza giuridica, l'indicazione pur autorevole che viene dal prof. Caprioli, pensare cioè che il Consiglio dei XII non possa più giudicare, porterebbe tra l'altro a concludere per l'esistenza di un caso di denegata giustizia, con la conseguenza dell'obbligato ricorso a rimedi di carattere straordinario che appaiono, proprio nell'esperienza di questa Repubblica, difficilmente praticabili.

Constatato, quindi, che il Decreto Commissariale è certamente nullo poiché fondato sull'erroneo convincimento che il Consiglio dei XII abbia deliberato sul merito quando ha invece solo deliberato su una fase processuale, questo Giudice deve interrogarsi sui suoi poteri in relazione al caso specifico ed al pericolo di indebita usurpazione di funzioni altrui da un lato, a quello, conseguenziale e avverso dall'altro lato, di lasciare senza risposta una domanda del privato che ritiene lesi i suoi diritti o le sue aspettative, e ciò tenendo presente, perché non lo si può evitare, che la nuova normativa approvata dal legislatore, fra l'altro espressamente ricordata da entrambi i consulenti, ha risolto per l'avvenire il problema proprio nel senso richiesto dalla società ricorrente.

Unica soluzione possibile, ad avviso di questo Giudice, la determinazione di una sospensiva a tempo indeterminato della procedura: posto che il Decreto Commissariale impugnato appare viziato da insanabile nullità perché, è bene ripeterlo, basato su erronea valutazione della delibera del Consiglio dei XII; posto che ogni eventuale altro Decreto incorrerebbe nello stesso vizio sicchè sarebbe egualmente inficiato di nullità; posto che il Consiglio dei XII non ha dichiarato la propria incompetenza né tale punto è stato in alcun modo eccepito nei due ricordati pareri, sicchè la procedura deve ormai ritenersi ritualmente incardinata presso tale Consiglio; pare non sussistere altra soluzione che quella su accennata, una generale declaratoria di sospensione dell'attività Commissariale discendente dalla citata Delibera del Congresso di Stato (ferme restando ovviamente tutte le altre attività di controllo e pubblicità espressamente previste dalla legge), in attesa che il Consiglio dei XII si sia pronunciato sul caso.

## 20.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 28 giugno 1993, n. 165.

Terenzi Severina (Avv. R. Bonelli) e Terenzi Nella (Avv. G.B. Reffi) : Billi Luigi (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 57, anno 1987<sup>43</sup>.

### **Responsabilità civile aquiliana “ex delicto” – Risarcimento – Danno Morale – Valutazione equitativa.**

*Il danno morale, derivante da illecito penale, è parzialmente diverso da quanto derivante da causa civile.*

*Al risarcimento del danno occorre procedere in via equitativa, con cauto apprezzamento, poiché da esso non è possibile dare valutazione e misurazione secondo gli schemi dell'apparato probatorio in vigore.*

## FATTO

Nel procedimento penale n.1250 dell'anno 1984 le due appellanti furono condannate per aver rifiutato, non ostante l'ordine dell'Autorità Giudiziaria, di esibire al consulente tecnico d'ufficio la contabilità della ditta della quale erano titolari (Hollywood Club) e per avere inoltre pregiudicato le facoltà giudiziarie di Billi Luigi; con tale sentenza esse erano condannate al risarcimento del danno da perseguirsi nella competente sede civile. Pertanto con istanza in data 12/3/1987 il Signor Billi chiamava in giudizio le due appellanti per sentirle condannare in solido al risarcimento dei danni da esso attore subiti, diffidandole inoltre dall'alienare o comunque distrarre in qualsiasi modo in tutto o in parte le rispettive quote di proprietà dell'immobile sito in Domagnano: costituitesi le due signore vennero ammessi documenti e si acquisì agli atti, temporaneamente, il fascicolo del procedimento penale n.1250 dell'anno 1984.

<sup>43</sup> Conferma la decisione di primo grado del 23 settembre 1991, inedita.

Nelle allegazioni finali la difesa del Billi chiese la condanna delle convenute al pagamento in solido delle spese e onorari di causa affrontati nel corso del procedimento penale, nonché il risarcimento in via equitativa del danno derivatogli dalle azioni delittuose rilevate ed emergenti dal procedimento penale stesso, con la rivalutazione monetaria dall'epoca nella quale tali fatti si erano verificati.

La difesa della signora Terenzi Severina chiedeva respingersi l'istanza in quanto "l'indennizzo richiesto con la presente comporterebbe un indebito maggior lucro e quindi un vantaggio che la giustizia non può riconoscergli e ciò con specifico riferimento al risarcimento dei danni di cui a diversa causa civile"; la difesa della convenuta Terenzi Nella a sua volta chiedeva dichiararsi che al Billi non spettava altro che il risarcimento di spese e onorari di giudizio relativi al citato procedimento penale.

Con Sentenza in data 23/9/1991 S.S. il Commissario della Legge accoglieva l'istanza del signor Billi e condannava le allora convenute Terenzi Severina e Terenzi Nella al pagamento della somma di lire 80.000.000= (ottantamila milioni) con gli interessi al tasso legale del 7% dalla data della citazione (12/3/1987) al saldo, condannandole inoltre al pagamento di spese onorari di giudizio, in solido, che liquidava nella complessiva somma di lire 5.000.000= (cinquemila milioni) "fino alla presente Sentenza, salve le successive occorrenze".

La Sentenza veniva ritualmente impugnata, la difesa della signora Terenzi Severina sosteneva:

- a) doversi riformare la Sentenza in quanto essa non teneva conto del fatto che il danno non era stato in alcun modo documentato, e che l'uso dell'equità da parte del giudice aveva condotto a esiti sproporzionati rispetto alla realtà dei fatti;
- b) che tale Sentenza non teneva conto della necessità di restringere in questa sede l'esame dei fatti ai danni eventualmente derivati dal diniego di consegna della contabilità, e non da altri comportamenti sui quali verteva altro procedimento civile;
- c) che appunto su quest'ultima controversia il Billi stava per ottenere a conclusione ormai prossima di altro procedimento civile il ristoro dei danni se e in quanto dovuti;
- d) che non appare equo valutare i danni in via presuntiva, ma di essi occorre dare documentato riscontro, ciò che nel caso di specie non era avvenuto;
- e) che interessi e svalutazione per il ritardo erano già stati attribuiti ad altra persona, come si poteva evincere dalla effettuata produzione della relativa Sentenza.

La difesa della signora Terenzi Nella a sua volta sosteneva che i danni erano inesistenti, chiedendo pertanto una riforma della impugnata Sentenza che dichiarasse la Terenzi Nella libera da ogni peso e obbligo nei confronti del signor Billi Luigi.

La difesa dell'appellato Billi chiedeva la conferma della Sentenza di primo grado.

Nel corso del giudizio l'avv. G.B. Reffi, difensore della signora Nella Terenzi abbandonava la difesa per collocamento a riposo, l'interessata debitamente invitata a provvedere non dava segno di risposta, né quindi presentava comparsa conclusionale, ma la sua linea difensiva può ritenersi assorbita in quella della sorella Terenzi Severina. Data, poi, la natura del giudizio non venivano escussi testi di procedimento civile fra le parti e terza persona.

Al termine le parti concludevano.

## DIRITTO



La difesa Terenzi, in dotta e articolata comparsa, ha cercato di smontare, evidenziandone anche le asprezze, la motivazione della impugnata Sentenza: da tale comparsa pur apprezzandola si deve però almeno in parte dissentire, con analisi puntuale. Non è esatto, infatti, sostenere che la omessa comunicazione di scritture contabili non costituisca azione *contra ius* poiché *nemo tenetur edere contra se*, poiché data la natura di socio che il Billi Luigi asseriva di avere, e a giudizio di questo Giudice senza alcun dubbio aveva, le scritture erano anche “sue”, in altri termini erano comuni, come è reso chiaro anche dalla implicita ammissione delle sorelle Terenzi che ad un certo punto della vertenza chiedono al Billi di contribuire a ripianare il passivo a loro dire emerso ma senza dare di esso alcuna prova e di contribuire al pagamento di opere murarie che non è stato posto in grado di deliberare dato che è stato tenuto del tutto estraneo alla gestione del bene. Parimenti si può convenire sul fatto che “all’epoca non erano vigenti disposizioni per le aziende private che imponessero la tenuta di una ordinata amministrazione”, ma una pur modesta diligenza gestionale avrebbe dovuto indurle, in presenza di una controversia giudiziaria a premunirsi, ricorrendo ai normali strumenti ragionieristici, ciò che non avvenne.

Così non appare condivisibile l’affermazione che esse fossero state deferite al giudice penale per il rifiuto di esibire la contabilità, ma per avere impedito al ctu, accompagnato dalla forza pubblica, di redigerla egli stesso controllando ad esempio i biglietti d’ingresso venduti, i consumi di liquori o di pizze, e via di seguito, ciò che mostra che non tanto la consegna di pezzi di carta quanto ogni ingerenza altrui, pur legittima se frutto di ordine del giudice e realizzata con intervento della forza pubblica, era ciò che esse si sforzavano di evitare. In tal modo, senza alcun dubbio hanno pregiudicato le facoltà giudizialmente riconosciute al Billi Luigi, ponendo in essere fattispecie delittuosa prevista dalle vigenti norme ma che in questa forma raramente avviene di constatare. Ciò che sul punto deve rilevarsi è che il ctu non abbia mostrato nell’espletare il suo incarico la necessaria fantasia, nel pervicace e illegittimo (la sentenza penale fu appellata e confermata in appello sicché sui comportamenti delle due sorelle non vi è più spazio di apprezzamento) diniego delle controinteressate non gli passò per la mente che accanto al ricorso al Giudice penale potesse anche far ricorso ai consueti strumenti di calcolo induttivo, consumo di energia elettrica, consumo di acqua potabile, conti di lavanderie, bolle di accompagnamento per forniture di liquori, idem per farina, lievito, acciughe, e via di seguito secondo la natura dell’attività del locale.

Neppure pare possibile dire che dei danni il Billi è stato già risarcito, poiché si tratta di altri danni e di altra persona che tali danni ha causati, non vi è identità né di oggetto né di causa fra l’inadempimento contrattuale del quale si parla alibi e a carico del fratello del Billi e la presente fattispecie.

Più specifico il discorso per quanto attiene al danno morale: chi abbia seguito, come per avventura l’avv. Bonelli e chi scrive questa Sentenza e lo stesso estensore della Sentenza di primo grado che o come Giudice o come istruttore ha partecipato ad ogni fase di giudizio, per motivi d’ufficio il complicato *iter* della vertenza si è fatto un’idea, giusta o errata che sia, dei comportamenti processuali delle parti, del loro insistere su vie errate o delle loro enunciate debolezze. Il Billi Luigi appare il più indifeso, ciò non vuol dire che lo sia ma che gli atti processuali tale lo mostrano almeno a chi come lo scrivente non lo ha mai visto. Deboli, certo, entrambi i fratelli e molto più agguerrite le sorelle, ma la debolezza del Billi Luigi è la più evidente. Se da questo punto di vista si proceda, dopo aver lette o rilette le carte processuali, non si stenta a ravvisare il dolor risarcibile in

questa sede e non in altre, e a tentare di darne una valutazione equitativa, ciò che ha fatto il Commissario della Legge: **vi è un dolor di chi si senta vittima di una palese ingiustizia** (dopo le tante sentenze non pare dubbio che l'ingiustizia, e palese, vi sia stata) cui nemmeno la giustizia di questa Repubblica, peraltro di gran lunga più sollecita di quella della patria di origine del Billi, riesce a dare "tempestiva" risposta, **è il senso di spossante frustrazione di chi può essere indotto ad accettare un risarcimento di mole inferiore al danno subito pur di chiudere la vertenza, di chi debba aggirarsi per tribunali e curie alle quali è culturalmente estraneo sì da neppur comprenderne linguaggio e riti anche se in essi sia involta la sua vita e solo marginalmente quella di avvocati e giudici ai quali debito professionale e radicata assuefazione vietano di avere e manifestare sentimenti. E' a questo dolor che ad avviso del Giudice delle Appellazioni ha fatto riferimento il Commissario, e si tratta di un dolor al quale occorre provvedere in via equitativa, con cauto apprezzamento, poiché di esso non è possibile dare valutazione e misurazione secondo gli schemi dell'apparato probatorio in vigore. In questo senso i danni derivanti da illecito penale possono dirsi almeno parzialmente diversi da quelli derivanti da causa civile e in questi limiti questo Giudice ritiene di dover confermare l'impugnata Sentenza.**

Le spese seguono la soccombenza.

## 21.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 6 settembre 1993, n. 163<sup>44</sup>.

S.A. Credito Industriale Sammarinese (Avv. M. Nicolini) : Mazza Lamberto (Avv. A.S. Belluzzi) – Causa n. 16, anno 1990.

### **Allegazioni finali – Produzione – Termine perentorio. Documento – "Actio ad exhibendum" – Estremi.**

*Il termine per la produzione delle allegazioni finali è perentorio.*

*Deve essere esibito il documento richiesto dalla parte, o che vi abbia diritto, o che vi abbia un interesse giuridicamente tutelato.*

## FATTO

Con istanza depositata in data 15/1/1990 il signor Mazza chiamava in causa il Credito Industriale Sammarinese chiedendo che a quest'ultimo fosse ordinato di produrre una serie di documenti relativi ad una fideiussione assunta dall'attore nei confronti di altro cliente della Banca la cui inadempienza aveva prodotto rilevanti danni all'attore medesimo.

Costituitosi in giudizio il C.I.S. esperiva azione riconvenzionale sostenendo che lo stesso Istituto era creditore del signor Mazza per la somma di lire 36.897.444= oltre gli

<sup>44</sup> Conferma la decisione di primo grado del 14 novembre 1991, inedita.

interessi bancari dal 29/12/89 al saldo, che l'esibizione dei documenti richiesti avrebbe provocato l'esborso di ulteriori lire 37.434.000= per spese di bollatura e registrazione dei documenti medesimi, che infine lo stesso attore signor Mazza era stato richiesto di produrre altri documenti relativi alla s.r.l. Fattoria di Castelveccchio di S. Geminiano della quale società il signor Mazza è amministratore unico. Proseguiva la riconvenzionale "All'adempimento di tale obbligazione del cav. Mazza il C.I.S. provvederà a depositare i documenti richiesti...". Eccepeva, inoltre, il C.I.S. che parte almeno di essi era già depositata agli atti della causa civile n.8 dell'anno 1987 pendente presso il Tribunale di San Marino.

Il profilo della sottostante vertenza era così chiarito, anche per chi ignorasse l'esistenza di altra causa pendente, la fideiussione non sembra avesse coperto l'intero ammontare del debito a carico del debitore principale, donde l'interesse dell'Istituto ad accertare eventuali altri cespiti patrimoniali del signor Mazza (che poi essi siano o no o possano essere o no coinvolti nel ricupero crediti del C.I.S. è tutt'altra questione non o non ancora sul tappeto), mentre la parte Mazza sembra dubitare di trattamenti preferenziali dei quali potrebbe esser vittima o dubitare della correttezza di addebito di interessi, di giorni di valuta, e simili. Nelle schermaglie procedurali si discuteva un po' di tutto, mentre si manifestava del tutto carente l'apparato probatorio, e le parti non hanno mancato di darne atto spiegandone chiaramente le rispettive cause. Nella comparsa conclusionale la difesa del C.I.S. allegava, in manica, una serie di documenti, e S.S. il Commissario della Legge con sentenza interlocutoria riapriva l'istruttoria, ritenendo che i documenti avessero rilievo e che su di essi dovesse esercitarsi, almeno potenzialmente, il contraddittorio.

Indi le parti ripresentavano memorie conclusionali e la causa andava a sentenza. In data 14/11/1991 il Commissario della Legge accoglieva l'istanza avanzata dal signor Mazza, disponeva che il C.I.S. depositasse agli atti di causa i documenti richiesti, con esclusione di quelli già prodotti, e ordinava "ad entrambe le parti di istruire il giudizio in merito all'azione di risarcimento dei danni avanzata dall'attore e sulla domanda riconvenzionale proposta dal convenuto".

La sentenza era ritualmente impugnata, seguiva altro rito al termine del quale le parti concludevano.

## DIRITTO

Occorre in via preliminare risolvere una questione sollevata in data 23 novembre 1992: la difesa del signor Mazza rilevava "come la controparte abbia depositato in atti le proprie memorie conclusive oltre lo spirare del termine, di 60 giorni correnti, previsto dalla legge 19/01/1989 n.5, art. 3, n.9.

Il termine ad allegare è stato aperto con decreto dell'11/09/1992, notificato ad entrambi i procuratori il 17/09/1992. Il termine di 60 giorni correnti è quindi scaduto il 16/11/1992. Le memorie conclusionali sono state depositate in atti il 19/11/1992.

**La costante giurisprudenza riconosce che il termine ad allegare è perentorio e siccome atto di cancelleria non è prorogabile al primo giorno giuridico successivo.**

Richiede pertanto che l'appellante sia espressamente dichiarato decaduto dall'appello e condannato al pagamento di tutte le spese, onorari legali compresi, e nel contempo sia confermata la sentenza di primo grado".

Replicava, in data 10/12/1992, l'avversa procura, con le osservazioni che qui di seguito si trascrivono:

“San Marino, 10.12.92. In relazione alla assurda comparsa avversa del 23.11.92, notificatami il 4.12.1992 con il decreto 2.12.92 con il quale mi si concedeva i 5 giorni per dire e dedurre

Deduco

quanto segue.

L'eccezione avversa non ha alcun fondamento in quanto i 60 giorni, anche se fossero scaduti, come calendario civile, il 16.11.92, è chiaro che il relativo termine si deve intendere prorogato fino all'udienza successiva che era appunto il 19.11.92, giorno di presentazione della memoria conclusionale. Se così non fosse, poiché le memorie si possono depositare solo nel giorno di udienza, non sarebbe possibile per il difensore contare su 60 giorni per le memorie ma su giorni molto minori nel numero.

In subordine, ammesso e non concesso per quanto sopra esposto che il termine fosse scaduto (ma così non è!) non si vede perché per questo si dovrebbe decadere dal diritto di appello. Vi sono numerose sentenze emesse dal giudice di 1° e 2° grado anche senza le memorie conclusive.

La mancanza di presentazione della memoria conclusiva non paralizza il processo di appello.

P.Q.M.

si chiede respingersi l'istanza avversaria del 23.11.92.”.

Non è la prima volta che l'avv. Belluzzi solleva, con qualche concessione alla chicane per vero, l'eccezione della quale si discute, e la circostanza che sinora l'eccezione sia stata presentata in casi nei quali essa si mostrava *ictu oculi* palesemente infondata ha fatto sì che questo Giudice non abbia avuto occasione di manifestare il proprio pensiero sul punto. Provvede ora:

- a) **si ritiene esatto che l'inutile decorso dei 60 giorni previsti dal legislatore comporti la decadenza dal diritto di formulare le memorie conclusive.** Esse non sono certo atto di cancelleria, ma neppure atto di udienza dato che non sono dirette al giudice istruttore ma al giudice *ad quem*, e pertanto bene possono essere depositate in busta chiusa. A nulla rileva la tradizione in materia nel diritto comune, poiché in tale diritto, e anche a San Marino, le allegazioni finali erano dette o lette in udienza e il cancelliere provvedeva a riassumerle e porle agli atti. Una volta che si adottò il criterio di far giudicare da altro giudice, e non residente, le cause in grado di appello nacque la prassi, costantemente seguita, delle conclusioni scritte.
- b) L'intento del legislatore è chiarissimo, quello di accelerare l'*iter* processuale fissando scadenze brevi e perentorie, ed è per questo che **non sembra accoglibile la tesi che i 60 giorni scadano alla prima udienza successiva al loro naturale scadere.** E' senza dubbio una tesi suggestiva, presenta il difetto di essere identica a quella con la quale nei secoli passati si è reso evanescente sino a farlo divenire meramente ordinatorio il termine ad allegare che in origine era perentorio. In realtà la recente legge vuole innovare sul *modus operandi* di avvocati e giudici e cancellieri, e qualche rodaggio si presentava e si presenta come necessario.

- c) **destituita di ogni fondamento è l'ipotesi che la mancata o tardiva presentazione della memoria finale comporti la deserzione dell'appello**, e più che esattamente la difesa del C.I.S. ricorda che sussistono agli atti altre memorie via via presentate dalle parti alle quali si può benissimo far riferimento. Unico elemento di discriminare, ad avviso di questo Giudice, è sempre quello del tempo: in presenza di memoria tardiva, e di tardività rispetto ad un termine che probabilmente non è ancora del tutto entrato in uso data la riserva che lo stesso legislatore ha posta di escluderne l'applicazione nelle cause iniziate prima dell'avvento in vigore della nuova legge, non pare né possibile né ragionevole attribuire al ritardo l'esistenza di un *animus deserendi iudicium*, nemmeno in via di presunzione legale. Anzi, la presentazione, sia pur tardiva, toglie in radice la possibilità logica di attribuire volontà desertoria alla parte ritardataria, e lascia del tutto immutato il dovere del Giudice di provvedere basandosi su altri testi rispetto a quello o quelli invalidati dal ritardo.

Gli altri punti della controversia sono meno oscuri o meno nuovi: è senz'altro esatto quanto osserva S.S. il Commissario della Legge, che cioè **le fonti tramandano l'actio volta ad ottenere l'esibizione in giudizio di determinati documenti essere preparatoria iudicii, non necessariamente però se sussiste la speranza, almeno quella, che la parte che ha ottenuto l'esibizione una volta letti i documenti possa rendersi conto che ha torto e chiudere il giudizio**. Da ciò non deriva però che possa intendersi tale *actio*, come pare fare la difesa del Mazza, come atto di mera esecuzione, dato che lo statuto prevede espressamente anche un momento di cognizione, non tutti i documenti saranno dati a chi li chiede ma tutti dovranno essere forniti a chi vi abbia interesse e si tratti di interesse giuridicamente tutelato, o vi abbia diritto. I documenti richiesti dal signor Mazza paiono appartenere alla categoria dei documenti ottenibili, l'atto di fideiussione è sicuramente atto comune fra le parti Mazza e C.I.S., e il rendiconto delle scritture ha costituito la base sulla quale il C.I.S. ha proceduto (con una operazione abituale per gli istituti di credito ma di dubbia legittimità) ad incamerare i conti del signor Mazza medesimo posti a garanzia del debitore principale. Sarà certo vero ciò che il C.I.S. sostiene, che cioè l'esposizione debitoria del debitore principale ammonta a sette miliardi circa e che la garanzia del Mazza ne ha coperti solo due circa, ma di ciò qualche prova si dovrà pur dare non potendosi chiedere al fideiussore di stare in fiducia e collocare al posto del Vangelo le asserzioni delle banche. Neppure appare accettabile, in sede giuridica, la pretesa del C.I.S. di fornire la richiesta documentazione solo e quando il signor Mazza pagherà residuo debito proprio, del quale egualmente non vi è prova, e fornirà notizie sulla assemblea di una società il cui legame con la presente vertenza appare del tutto oscuro pur se intuibile. La formula *inadimplenti non est adimplendum* è stata citata fuor di proposito, poiché non appare dagli atti che il debito del Mazza, così come l'assemblea sociale, abbiano e in che modo a che fare col rapporto dedotto in causa.

Più apparentemente fondato il rilievo relativo alle spese: si tratta di apparenza, poiché il C.I.S. ben avrebbe potuto, in via stragiudiziale o pregiudiziale, fornire al signor Mazza i documenti richiesti dato specialmente che a tali documenti il signor Mazza aveva diritto. Se così, come correttezza vuole, il C.I.S. avesse agito, tali documenti non sarebbero certo stati gravati da oneri di registrazione del cui importo non sussiste, comunque, neppure piena prova agli atti. Le strategie processuali possono giustificare questo e altro, il principio dispositivo lascia ognuno libero di tutelare come meglio crede i suoi

interessi, l'eccesso di riservatezza può talvolta comportare altri danni. Nel caso di specie, poi, l'importo delle spese di registrazione non pare tale da creare imbarazzi né al C.I.S. né al signor Mazza, nulla vieta che il Giudice dell'esecuzione possa, se lo riterrà opportuno, imporre versamento cauzionale di tale importo al signor Mazza e contestuale deposito della somma presso la Cancelleria del Tribunale come si usa.

L'opportuna affermazione del Commissario della Legge sulla prosecuzione del giudizio consentirà di valutare, in tale sede e con più pertinente argomentazione e mezzi di prova, l'eventuale ricaduta dell'onere di registrazione su una delle parti o su entrambe, così come consentirà migliore approfondimento della questione di spese e onorari, pur essa rinviata al definitivo.

## 22.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 9 settembre 1993, n. 164<sup>45</sup>.

Impresa Costruzioni Palazzetti (Avv. M. Nicolini) : Bastoni Ivo e Aldo (Avv. ti M. Micheloni, A.S. Belluzzi, G.L. Berti) - Causa n. 342, anno 1990.

**Sequestro conservativo – Concessione – Cauzione – Imposizione – Provvedimenti strumentali, esecutivi, appellabili – Cognizione sommarissima.**

*I provvedimenti di concessione di sequestro e di imposizione di cauzione al sequestrante, in quanto strumentali ed esecutivi, in linea generale non sono suscettibili di gravame.*

*L'inappellabilità non è assoluta, dovendosi distinguere tra i provvedimenti meramente esecutivi quelli che creano esecuzione.*

---

## FATTO

La vertenza ha avuto andamento tale che onde capirne alcunchè pare opportuno farne cronologico e sommario riepilogo:

- a) 19/XII/1990: l'avv. Nicolini deposita istanza di sequestro conservativo di somme sino all'importo di lire 7.000.000.000= a carico dei signori Bastoni Ivo e Aldo, segnalando in particolare l'esistenza di un c.c. presso la locale Banca Agricola Commerciale;
- b) 19/XII/1990: S.S. il Commissario della Legge dispone il sequestro delle somme contenute nel predetto conto;
- c) 1/IV/1992: l'avv. G.B. Reffi rinuncia all'incarico di difensore dei signori Bastoni "in seguito a pensionamento", e subentrano gli avvocati citati in epigrafe;
- d) 24/IX/1992: si costituisce l'avv. G.L. Berti e con apposita istanza motivata chiede: 1) che sia revocato il sequestro, "poiché irrituale e contrario ai principi del diritto qui vigente"; 2) *idem* poiché il c.c. presso la Banca è intestato al Bastoni Ivo "contro il quale non figurano neppure indizi di ragioni di danno reclamabile

---

<sup>45</sup> Conferma il Decreto Commissariale del 22 ottobre 1992.

dall'attrice società"; 3) ove a ciò non si pervenisse "imporsi il deposito di cauzione a carico dell'attrice società per l'importo di lire 4.056.506.000= corrispondente alla somma sequestrata; 4) in subordine "concedersi che metà della somma sequestrata sia lasciata nella libera disponibilità dell'anziano e innocuo Bastoni Ivo ..."; 5) in ulteriore subordine "sia concessa in ogni caso la disponibilità di importo di denaro costituito da tutti gli interessi maturati della somma depositata e sequestrata ...";

- e) in pari data si costituiva l'avv. A.S. Belluzzi, pur egli depositando propria motivata istanza nella quale chiedeva: 1) prestazione da parte dell'attore di idonea cauzione, di importo "uguale a quello prestato dalla parte convenuta ..."; 2) concedersi al signor Bastoni Aldo "di prelevare gli interessi maturati fino ad oggi sulla somma sequestrata presso la Banca Agricola Commerciale ....";
- f) 14/X/1992: l'avv. Belluzzi presentava ulteriore istanza integrativa, allegando atto notarile di iscrizione di ipoteca sull'immobile a suo tempo ceduto dal Bastoni alla società Palazzetti, per l'importo di lire 12.000.000.000=, insistendo affinché "S.S. il Commissario della Legge voglia disporre, inaudita *altera parte* così come ha disposto il primo sequestro, il deposito cauzionale da parte dell'Impresa Palazzetti di una somma liquida di lire 7.000.000.000= sulla quale apporre il sequestro conservativo ... con la comminatoria che, in difetto, dovrà essere ritenuto decaduto il provvedimento a suo tempo adottato";
- g) 22/X/1992: Decreto Commissariale col quale accogliendo la richiesta di cauzione, "impone alla parte attrice, entro il termine di giorni trenta, l'obbligo di versare una cauzione per l'autorizzato sequestro, ottenuto a suo rischio e pericolo, cauzione che deve essere pari all'ammontare della somma effettivamente sequestrata e che può essere data anche a mezzo di fidejussione bancaria", disponendone la notifica a tutte le parti;
- h) 22/X/1992: istanza dell'avv. Nicolini che annuncia "che intende interporre appello avverso il decreto poiché lesivo del principio del contraddittorio";
- i) 22/X/1992: l'avv. Nicolini interpone appello riservandosi i motivi;
- l) 22/X/1992: Decreto Commissariale che ammette, *se et in* quanto, l'interposto appello;
- m) 22/X/1992: l'avv. Nicolini deposita propria comparsa nella quale chiede: 1) la revoca del provvedimento provvisorio pronunciato in data 9/X/1992 (sul presupposto di un bisogno alimentare urgente falsamente rappresentato *ex adverso*); 2) la conferma del sequestro così come concesso ed eseguito per l'intero importo comprensivo di sorte capitale ed interessi; 3) il rigetto della domanda di cauzione, atteso che la somma sequestrata diviene ogni giorno più inadeguata a garantire il credito della società attrice; 4) il rigetto della domanda di svincolo di qualsiasi somma sia in favore dell'intestatario del c.c. signor Bastoni Aldo sia in favore di Bastoni Ivo (coobbligato nei confronti della attrice), perché carente di titolo con riferimento alle somme sequestrate;
- n) 29/X/1992: comparsa – citazione (sic!) dell'avv. Nicolini nella quale insiste nella richiesta di reiezione della domanda dei convenuti Bastoni Ivo ed Aldo, "per le motivazioni di cui in premessa del presente atto e per le motivazioni che si addurranno nella comparsa conclusionale ...";

- o) 30/X/1992: Decreto Commissariale che, mentre autorizza la citazione dei signori Bastoni, fissa l'udienza del 19/XI/1992 "per la costituzione delle parti e per ogni altra istanza avanzata in citazione";
- p) 19/XI/1992: costituzione in giudizio della difesa Bastoni che, con motivata istanza, chiede: 1) dichiararsi inammissibile l'appello, che dichiara dilatorio; 2) "atteso che l'introdotto appello a quest'ultimo decreto rimette in discussione entrambi i decreti strettamente legati fra loro ... ritenuto che l'appellato ha facoltà di richiedere la riforma della decisione una volta introdotto l'appello della controparte", venga revocato il pristino decreto di sequestro; 3) sia valutata la questione di nullità, che contestualmente solleva, intorno al decreto 19/XII/1990 di cui sopra; 4) che il Giudice delle Appellazioni "si pronunci immediatamente sull'appello introdotto e sulle eccezioni dei convenuti, trattandosi di questioni preliminari processuali e non inerenti al merito della causa";
- q) 3/XII/1992: istanza dell'avv. Berti che chiede l'immediato invio del fascicolo a questo Giudice, poiché trattasi di eccezione preliminare;
- r) 9/XII/1992: Decreto Commissariale col quale si dispone la notifica all'avv. Nicolini dell'istanza di cui sopra, assegnandogli cinque giorni per dire e dedurre;
- s) 17/XII/1992: Decreto Commissariale che ordina la trasmissione del fascicolo a questo Giudice;
- t) 17/XII/1992: comparsa dell'avv. Nicolini che solleva le seguenti eccezioni: 1) il decreto 9/XII/1992 gli sarebbe stato notificato solo "in data odierna"; 2) "il Giudice d'appello non può decidere se è necessaria la cauzione o meno se prima non ha provato la consistenza patrimoniale dell'attore. Ne consegue che occorre prima provare, aprendo gli opportuni termini, tale consistenza patrimoniale. Occorre inoltre nel corso del processo d'appello provare altre circostanze a noi favorevoli"; 3) "l'appello è stato introdotto con citazione e può essere deciso solo con sentenza. La sentenza non può essere emessa senza gli opportuni termini di prova". Chiedeva, pertanto la revoca del Decreto 17/XII/1992 e l'apertura del 1° termine di prova;
- u) 12/I/1993: Decreto Commissariale che confermato il decreto 17/XII/1992 ordinava la trasmissione del fascicolo a questo Giudice, disponendo la notifica del provvedimento alle parti;
- v) 14/I/1993: comparsa dell'avv. Nicolini che chiede gli sia concesso termine per provare e dedurre "in modo che vi sia contraddittorio fra le parti prima che il Giudice d'Appello decida in merito alle questioni poste alla sua decisione";
- z) 27/I/1993: Decreto Commissariale col quale si accorda un giorno utile alla parte appellante, con l'ordine di trasmissione del fascicolo a questo Giudice;
- aa) 11/II/1993: comparsa conclusionale dell'avv. Nicolini con la quale, eccepisce varie (a suo dire) violazioni del rito processuale, tale da compromettere la regolare osservanza del principio del contraddittorio, chiede allegazione di documenti e convocazioni di testi, concludendo "Ci si riserva altre deduzioni in diritto, dopo che si conosceranno le prove di controparte.";
- bb) 12/II/1993: Decreto Commissariale che ordina la notifica dell'istanza di cui sopra "all'avversa procura accordando il termine di cinque giorni correnti per dire e dedurre";



- cc) 18/II/1993: comparsa degli avv. Berti e Micheloni che, opponendosi alla richiesta attrice elencano altre (a loro dire) violazioni del rito, e concludono chiedendo che il fascicolo sia “immediatamente” trasmesso a questo Giudice;
- dd) 18/II/1993: memoria dell’avv. Belluzzi che, manifestata la propria concordia con l’operato dei colleghi, contesta punto per punto le affermazioni dell’avv. Nicolini, chiedendo un “sollecito e tempestivo intervento” di questo Giudice cui peraltro il fascicolo continuava ad essere ignoto;
- ee) 18/II/1993: comparsa dell’avv. Nicolini che, confermata la comparsa precedente, insiste “per l’ammissione dei documenti ivi indicati e per l’escussione dei testi ivi indicati”, e polemizzando con i colleghi chiede “che venga riaffermata la validità del decreto 27/I/1993 e siano ammesse le prove da noi richieste”;
- ff) 29/IV/1993: comparsa dell’avv. Belluzzi che chiede disporsi congruo aumento della disponibilità dei signori Bastoni (non è indicato quale ne sia l’attuale importo) portandolo ad almeno 5 milioni mensili. Chiede provvedersi con la massima urgenza;
- gg) 15/IV/1993: (c’è inversione degli atti nel fascicolo, sicchè le date non sono strettamente in ordine): comparsa dell’avv. Micheloni, che chiede inviarsi con la massima urgenza il fascicolo a questo Giudice;
- hh) 6/V/1993: Decreto Commissariale che dispone la trasmissione del fascicolo a questo Giudice; tale Decreto risulta notificato in data 13 maggio e, nella prima metà di giugno, il fascicolo pervenne a nostre mani.

## DIRITTO

La schematica elencazione che precede, sui singoli punti della quale si avrà occasione di ritornare, mostra da un lato la difficoltà del caso, dà ragione d’altro lato della ormai lunga durata della procedura. Pare opportuno, se può servire ad una più snella prosecuzione del rapporto processuale, elencare qui di seguito i criteri ai quali questo Giudice ritiene siano legate le sue scelte:

- 1) il sequestro è stato chiesto a garanzia di danni che la Società Palazzetti teme di subire per fatto dei convenuti Bastoni o di uno di essi.
- 2) L’accertamento della sussistenza di tali fatti e la loro qualificazione giuridica, così come l’eventuale danno che i signori Bastoni o la Società predetta dovessero subire, è largamente affidato ad altro giudice, *rectius* alla cognizione di giudici di altra giurisdizione statutale, quelli di Rimini. Ne deriva la conseguenza che, non ostante ogni tentativo in contrario delle avverse parti, questo Giudice non possa entrar nel merito.
- 3) Il caso di specie è certamente atipico, non pare avere precedenti nella giurisprudenza di questa Repubblica, per i criteri generalissimi soccorre una sentenza del giudice Ramoino che val la pena di riprodurre (sentenza 7/VII/1964, in *G.S.*, 1962 – 1969, p.244s.) **“Secondo la procedura ordinaria sammarinese il giudizio di canonizzazione del credito e quello della conferma di sequestro, eseguito a garanzia del credito stesso, debbono andare uniti. Ma quando la canonizzazione del credito spetta ad una magistratura ordinaria allora non può farsi a meno di scindere i due giudizi e attribuire la conferma del sequestro alla autorità giudiziaria che l’ha concesso. Nel giudizio di conferma del sequestro, separato da quello di merito, il creditore non è già**

obbligato di fornire la prova della esistenza e della liquidità del preteso suo credito ma solo del *fumus boni juris* di detta esistenza ed inoltre deve far risultare i motivi che lo hanno indotto ad eseguire il sequestro prima dell'accertamento del credito”.

- 4) Il provvedimento dal quale prendono inizio gli atti di causa è provvedimento strumentale, esecutivo, ammette sicuramente l'appello, anzi lo postula, poiché trattandosi di provvedimento rilasciato *inaudita altera parte* richiede, di necessità, che la parte *inaudita* possa far sentire le proprie ragioni. La clausola d'obbligo “a rischio e pericolo dell'istante”, delimita con sufficiente chiarezza il trovarsi l'istante in una posizione di difetto, non saranno gli appellanti a dover produrre le prove dell'esistenza o della ragionevolezza del provvedimento ma chi lo ha richiesto, e ciò giustifica il potere del giudice di esigere, lo chieda o no la parte controinteressata, la prestazione di una cauzione. Si tratta, come appare ovvio, di un potere discrezionale (di “ampio potere di valutazione discrezionale sulla opportunità del provvedimento” parlava già G. Astuti, Sentenza 18/X/1972, in *G.S. 1970-1980*, p.163) previsto oltre che a San Marino anche nell'ordinamento italiano, cfr. c.p.c., art. 674) e dalla caratteristica della discrezionalità non deriva la non impugnabilità, deriva se mai altra conseguenza già più volte ricordata: in una procedura ispirata a ragionevolezza pare privo di senso sovrapporre una discrezionalità, quella del giudice di secondo grado, ad altra, quella del giudice di primo grado. Non che norme e dottrina lo escludano, si tratta nel caso specifico di *stylus curiae* o, se si preferisce, di *stylus judicis*.
- 5) Trattasi, sia nel caso del provvedimento di sequestro sia in quello di imposizione di cauzione, di provvedimenti esecutivi, in quanto tali in linea generale non suscettibili di gravame per comune consenso di dottrina e giurisprudenza secolari, e non solo di questa Repubblica. L'inappellabilità non è assoluta, già nel *Sommario* del Giannini è riportata la distinzione fra i provvedimenti meramente esecutivi e quelli che creano esecuzione (cfr. *Sommario*, p.163 “Non però si potrebbero dire esecutorie le sentenze che nel corso di un giudizio obbligano a fare od a non fare una cosa, a sospendere un lavoro, od eseguire un'esecuzione, ma la ordinano per se stesse. Stante però l'urgenza di darvi corso che le accompagna, queste sentenze per natura loro sono provvisoriamente eseguibili non ostante l'appello, con o senza cauzione, ad arbitrio del giudice”) **o meglio l'obbligo ad un'esecuzione**; ciò non vuol dire però che sia munita di solido fondamento la richiesta dell'avv. Nicolini di beneficiare, in sede di appello a Decreto Commissariale che impone una cauzione al suo assistito, delle norme generali e chiedere sul decreto che impone la cauzione l'apertura di un procedimento ordinario. Ciò oltre che assurdo e presumibilmente indicativo di comportamento a fini dilatori sarebbe pure *contra legem* e se ne indicherà subito il motivo. Il richiamo alla legge del 1989 si rivela, ad avviso di questo Giudice, privo di specifica giustificazione, dato che nel caso del quale qui ci si occupa non di impugnazione di sentenza ma di opposizione a decreto si tratta, non di causa civile sia ordinaria sia sommaria ma di una procedura esecutiva, tanto esecutiva che l'atto iniziale poté legittimamente esser preso *inaudita altera parte*: ragionando nel senso voluto dall'avv. Nicolini si giungerebbe alla conclusione assurda che una legge nata per dare ritmo più

sollecito al processo avrebbe sortito l'effetto di ritardarlo. D'altro canto, se come già si diceva, il provvedimento è di natura discrezionale, una udienza destinata a raccogliere la memoria di chi voglia opporsi appare più che sufficiente, specie provando a tener in considerazione che come diceva Ramoino non il diritto ma solo il *fumus boni juris* e nulla più deve formar oggetto della ristrettissima cognizione. Di conseguenza cadono e richiesta di ammissione di documenti, e richiesta di ammissioni di testi, che il giudice di primo grado può ritenere superflui per il punto cui è attualmente la vertenza e sul quale è chiamato a pronunciarsi questo Giudice, l'opposizione al Decreto che impone la cauzione. E', infine, **prassi costantemente seguita nella giurisprudenza di questa Repubblica che sugli appelli incidentali che si propongano nel corso di un giudizio su singoli provvedimenti del giudice di primo grado si ammettano le comparse degli avvocati e nulla più. L'idea di un processo entro un altro processo non pare accoglibile senza forzare i ritmi naturali, e pur troppo lunghi, delle procedure sammarinesi.**

Le osservazioni che precedono sembrano, ad avviso di questo Giudice, sufficienti alla reiezione di tutti i rilievi sin qui formulati e al primo decreto (quello che dispone il sequestro) e al secondo (quello qui impugnato, che dispone la prestazione di una cauzione), sotto veste di anomalia, illegittimità, violazione di principi, e simili. Non resta quindi che concludere, confermando la piena legittimità del Decreto Commissariale 22 ottobre 1992 e rinviando al definitivo ogni provvedimento sulle spese.

### 23.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 10 settembre 1993, n. 166<sup>46</sup>.

Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. L. Daniele) : Baldacci Marino ed altri (Avv. G. Belluzzi) – Causa n. 231, anno 1988.

**“Restitutio in integrum” – Rimedio straordinario avverso il giudicato – Remissione in termini (“dilatatio”) – Strumento procedurale.**

*Il rimedio straordinario della “restitutio in integrum” è esperibile avverso la sentenza passata in giudicato, ritenuta iniqua.*

*La remissione in termini può essere accordata, in corso di causa, alla parte che, per errore, non abbia fatto uso del diritto di agire che le competeva entro i termini prescritti.*

---

(omissis)

---

<sup>46</sup> Riforma la sentenza di primo grado del 2 luglio 1991, inedita. La sentenza di secondo grado è confermata dalla decisione di terzo grado, vedi Parte seconda, Sezione prima – Decisioni di terzo grado, n. 6.

**24.**

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 19 ottobre 1993, n. 107<sup>47</sup>.

Mularoni Secondo, Enzo e Giorgio (Avv. G.L. Berti e G.L. Franciosi) : Barbieri Aldo e Paolo (Avv. M. Nicolini) – Causa n. 342, anno 1981.

**Contratto – Inadempimento – Colpa – Presunzione semplice.**

*L'accertamento della esatta natura degli impegni assunti dalle parti e del loro comportamento nel periodo successivo al contratto consente di determinare se ed in quale misura una di esse sia venuta meno all'obbligo del corretto adempimento.*

---

(omissis)

**25.**

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 8 novembre 1993, n. 28<sup>48</sup>.

Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. R. Bonelli) : Ente Guardia d'Onore del Cuore Immacolato di Maria (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 159, anno 1983.

**Proprietà – Espropriazione per pubblica utilità – Criteri – Indennità.**

*Lo ius aedificandi è scisso dal diritto di proprietà e permane quindi al proprietario non più in modo assoluto, ma solo a certe condizioni.*

*L'indennità di esproprio deve commisurare il quantum del bene espropriato all'effettivo danno.*

---

**FATTO**

Nel 1983 l'Ente chiamava in giudizio l'Ecc.ma Camera sostenendo la illegittimità dell'esproprio di terreni dallo stesso Ente subita, la contraddittorietà fra l'esproprio e i precedenti accordi intercorsi fra Governo della Repubblica ed Ente, chiedendo quindi la declaratoria di nullità dell'esproprio, chiedendo in subordine una congrua rivalutazione dell'indennità prevista dalla legge a suo dire liquidata in misura del tutto lontana dalla realtà.

---

<sup>47</sup> Riforma la decisione di primo grado del 15 settembre 1986, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, p. 1135 s.. La sentenza di secondo grado è stata annullata con la decisione di n. 7.

<sup>48</sup> Riforma la decisione di primo grado del 28 ottobre 1991, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 54.

Costituitasi ed opponendosi l'Ecc.ma Camera, iniziava il rito processuale nel corso del quale venivano acquisiti documenti, esperita una perizia giudiziaria, escussi testi.

Al termine le parti concludevano.

Con Sentenza in data 28 ottobre 1991 il Commissario della Legge accogliendo *in toto* l'ipotesi avanzata in via subordinata condannava l'Ecc.ma Camera al pagamento nei confronti dell'Ente delle seguenti somme: lire 53.578.000= quale indennità di esproprio, più lire 6.000.000= corrispondenti al valore del soprassuolo, più lire 150.000.000= "a titolo di risarcimento dei particolari danni derivanti dai rapporti speciali e personali tra il proprietario e l'immobile ..., sempre in via di equità ...", per l'importo totale di lire 209.578.000= cui andavano sommati gli interessi legali dalla data del 5/3/1984 al saldo, provvedendo inoltre a condannare l'Ecc.ma Camera al pagamento di spese e onorari di giudizio liquidati nella complessiva somma di lire 6.000.000=.

La sentenza veniva tempestivamente impugnata, la difesa dell'Ecc.ma Camera ne chiedeva la riforma in base ad una serie di considerazioni sulle quali vedi oltre. Costituitosi ed opponendosi l'Ente, la sua difesa avanzava nuove richieste di risarcimento, documentando una serie di spese a suo dire derivanti "*ratione necessitatis*" dall'esproprio subito in relazione alle finalità dell'Ente e agli affidamenti che le autorità di Governo della Repubblica avevano dato all'Ente medesimo considerando i fini propri e peculiari dell'Ente e l'interesse dello Stato in ordine all'occupazione dei lavoratori per le opere che l'Ente medesimo avrebbe compiuto una volta avviata la propria attività. Anche nel corso di questa fase del processo venivano acquisiti documenti, da parte della difesa dell'Ente e non da quella dell'Ecc.ma Camera poiché quest'ultima ha più volte manifestato, *verbis et factis*, il convincimento che il problema dovesse essere ormai trattato solo *sub specie iuris*. Le parti hanno successivamente concluso. La procura appellante, rifacendosi all'atto introduttivo dell'appello, ritiene che la sentenza si sia discostata dalla rigorosa applicazione delle leggi vigenti introducendo criteri di valutazione concorrenti rispetto a quelli determinati dal legislatore e che pertanto debba essere riformata nel senso del riconoscere all'Ente aumento dell'indennizzo pari all'importo enunciato nella perizia giudiziaria e compensando le spese di giudizio.

Più complessa la fatica della difesa dell'Ente, consapevole probabilmente dell'esorbitanza della liquidazione disposta in sentenza ma costretta dal proprio assunto a giustificare anche le ulteriori richieste di indennizzo per danni e spese subiti in relazione all'esproprio, enunciando una tesi tanto elegante quanto infondata.

## DIRITTO

La Sentenza impugnata deve senza alcun dubbio venir riformata, il Commissario della Legge in modo un po' contraddittorio prima ha enunciato concetti generali in tema di indennità del tutto estranei alle previsioni della normativa vigente in San Marino, poi ha liquidato in via equitativa ben 150 milioni a corrispettivo di un danno che egli stesso non era in grado di determinare analiticamente. A sostegno di tale assunto ha portato, insieme, norme del diritto romano, giurisprudenza italiana del secolo scorso, e in minima parte anche di questo secolo, ingenerando nel lettore molti e non lievi dubbi. A parte il ricorso alla giurisprudenza italiana che in nulla si giustifica dato che i giudici della Repubblica sono chiamati ad applicare non altri diritti ma solo quello della Repubblica medesima, non possono sfuggire almeno due notazioni: la prima è che il diritto romano e comune è applicabile solo con carattere di generalità e di sussidiarietà. Si vuol dire con

ciò che il ricorso al diritto comune è tuttora lecito, anzi doveroso, solo quando il legislatore patrio o negli statuti o nella serie di leggi adottate secondo le normali procedure legislative nei secoli passati ed ancor più negli ultimi trenta anni non abbia direttamente ed esaurientemente provveduto a regolamentare in modo chiaro e univoco la materia, dettando direttamente i criteri che i giudici debbono seguire nel loro operato anziché lasciarli liberi di cercare nel panorama delle fonti del diritto comune la puntuale soluzione dei singoli casi. Il carattere di sussidiarietà si combina con quello di generalità, intendendosi quest'ultimo nel senso che non tanto il concreto regolamento di singole fattispecie quanto i principi generali cui ispirarsi debbono, possono, essere cercati nel diritto comune. Bisognerà, di conseguenza, in primo luogo controllare se vi sia norma propria dell'ordinamento sammarinese, e solo quando la ricerca sia stata infruttuosa rivolgere l'attenzione al diritto comune. Seconda notazione da farsi, il concetto di proprietà assoluta, derivato o fatto disinvoltamente derivare dalla codificazione napoleonica, ha subito nell'ultimo mezzo secolo robuste scosse per l'avvento nella vita degli Stati di tutt'altre concezioni. Se poi ci si riferisce alla codificazione, come giustamente facevano i giudici italiani e i giuristi italiani del secolo passato, è appena il caso di ricordare che la Repubblica di San Marino dopo aver meditato sul problema del codice civile ha deciso di farne a meno, e pare quanto meno strano che concetti e principi determinati da una struttura che il legislatore sammarinese ha rifiutato affiorino in modo del tutto surrettizio nell'ordinamento di San Marino.

La difesa dell'Ente punta, come già si è detto, il suo apparato dialettico su alcune circostanze, in particolare sul fatto che il promotore dell'Ente sin dall'inizio avvertì che le costruzioni che si intendeva realizzare sarebbero sorte nel tempo lungo, legate come erano non già o non solo alla presenza di un capitale iniziale sufficiente ma all'afflusso di contribuzioni di fedeli, italiani e stranieri. Ne deriverebbe che l'approvazione dell'Ente comprendeva anche approvazione del suo programma, ad esecuzione differita o meglio progressiva ma diluita nel tempo, e che il Congresso di Stato, nelle varie delibere avrebbe dato la propria preventiva approvazione a quanto l'Ente avrebbe fatto non in un sol giorno e neppure in un anno ma in un periodo indeterminato e indeterminabile. Tale approvazione del Congresso di Stato avrebbe avuto carattere di obbligazione perfetta, e pertanto sarebbe lesivo di tale obbligazione ogni impedimento che in tempi successivi sia stato o sia per essere apportato all'azione dell'Ente ritenuta, e probabilmente non a torto, benemerita. Col gusto del paradosso anzi l'avv. Berti arriva a scrivere "Se il Governo, ovvero il Congresso di Stato, non può far questo, allora questo organo primario dello Stato non può far nulla."

Riepilogando, i problemi che si pongono appaiono principalmente due, più altri secondari a trattazione eventuale: in primo luogo accertare se nell'ordinamento della Repubblica vi sia norma regolatrice direttamente, o indirettamente secondo i comuni canoni ermeneutici, della fattispecie. In secondo luogo accertare se il Congresso di Stato abbia stretto un rapporto sinallagmatico con l'Ente, non, è ovvio, mediante generici affidamenti ma mediante atti formali quali le delibere. Solo in via eventuale occorrerà poi indagare sui limiti del potere del Congresso di Stato nell'assumere *motu proprio* e senza bisogno di ratifica da parte del Consiglio Grande e Generale, impegni contrattuali che si prolunghino indefinitamente nel tempo e costituiscano un limite anche ai poteri del Consiglio Grande e Generale, dato che da quest'ultimo promana la legge da applicarsi.

1) **La legge n.18 del 1980 *ictu oculi* pare delineare una più che compiuta regolazione del settore**, dura forse ma in linea con quanto già molti anni prima hanno fatto tutte o quasi le democrazie di tipo occidentale. **La prima delle considerazioni che danno corpo a tale legge è che il diritto a costruire sia e debba essere scisso dal diritto di proprietà: quello che nell'insegnamento tradizionale era una delle facoltà inserite nel più ampio alveo del diritto di proprietà viene così stralciato e avvocato allo Stato**, almeno in parte. **Al proprietario rimane lo *jus aedificandi*, ma solo a certe condizioni e non più in assoluto: di qui discendono un regolamento generale del diritto di esproprio che non pare lasciare alcun residuo a norme, usi, tradizioni del passato. La stessa scelta del termine "indennità" appare chiara, non si parla di prezzo di mercato e neppure di valore, ma solo di indennità, il che in buon italiano vuol dire commisurare il *quantum* del bene espropriato non tanto a valori, quali che essi siano e quindi anche affettivi, ma all'effettivo danno. Come se ciò non bastasse, per i terreni agricoli si dispone che il loro valore sarà fissato con successivo Decreto Reggenziale, il che vuol dire con carattere di oggettività, sicchè sia garantito l'uguale trattamento di tutti i proprietari vittime dell'esproprio.** E' di comune esperienza che la casa della propria nonna, in quanto tale legata a ricordo di affetti, di tradizione familiare, di matrimoni e battesimi e funerali, abbia per qualsiasi individuo normale un valore ben diverso da quello della casa, eventualmente identica, della nonna di altri, ove l'atmosfera, la fonte di ogni commozione, è del tutto diversa, anonima, economica più che affettiva. Per un'esigenza di eguaglianza che tiene conto certo anche della Dichiarazione dei diritti, il legislatore ha provveduto a porre tutti sullo stesso piano, trattando i dati in piena oggettività, con attenzione quindi ai soli dati catastali: non vi è alcuno spazio, né poteva esservi, per valutazioni di tipo soggettivo, per i legami particolari del singolo con i beni, ma si tiene conto solo del radicamento dei terreni, e quindi delle loro potenzialità produttive secondo quel che risulta dalla loro classazione. Sotto questo profilo appare del tutto erronea l'opinione del Commissario della Legge secondo il quale si dovrebbe, sia pure in via equitativa, tener conto della particolare natura dell'Ente espropriato e del valore che future, pur se progettate, costruzioni avrebbero potuto dare ai terreni medesimi. La particolare natura dell'Ente poi, a tutto voler riconoscere, non pare avere a che fare col ristoro. A parte l'espressa disposizione di legge soccorre anche il buon senso: se, infatti, non pare incongruo che a lato di edifici di culto vi siano opifici industriali, sempre a carattere artigianale secondo la disposizione del piano regolatore, non si può non ricordare che la stessa vicinanza è pacificamente sopportata da gran parte di tali edifici che nel corso dei secoli hanno subito o voluto edificazioni nell'area originariamente destinata a fascia di rispetto. Né dalla natura di insediamento artigianale si può lecitamente inferire che rumore, confusione, attività estranee, possano turbare la quiete o il desiderio di pace dei pellegrini, sì da compromettere le stesse sorti dell'opera. Anche sul piano fattuale, per quel che può valere dinanzi a precise norme di legge, non si può che concludere nel senso della non condivisione, sotto ogni profilo, delle valutazioni che sono alla base della sentenza impugnata.

2) Già si è detto che occorre valutare quali impegni abbia voluto assumere il Congresso di Stato nei confronti dell'Ente oggi espropriato: la difesa dell'Ente ha dedotto le testimonianze di membri del Congresso nel periodo nel quale si trattò dell'insediamento dell'Ente medesimo in questa Repubblica, così come in un memoriale del legale rappresentante dell'Ente sono incluse alcune delibere del Congresso di Stato. Dal loro

esame risulta, forse, che qualche uomo politico del tempo diede affidamenti al Reverendo padre Tasselli sullo spirito di collaborazione col quale la sua iniziativa veniva accolta in San Marino, ma non risulta in alcun modo che singoli membri del Governo, o il Governo nella sua collegialità, abbiano assunto impegni per il futuro e tanto meno impegni di natura così gravosa da precludere al Consiglio Grande e Generale ogni ventura decisione in contrario. Del resto occorre ricordare che la delibera che adotta il piano urbanistico è stata oggetto di una legge, predisposta dal Congresso di Stato, e accolta dai membri del Consiglio medesimo, sicchè a tutto voler concedere ci si troverebbe in presenza di due deliberazioni del Governo che, in tempi diversi, hanno diversamente valutato l'interesse pubblico, così come occorre tener presente che le costruzioni per le quali non vi fosse progetto già approvato dovrebbero comunque e in qualunque caso superare il vaglio dell'approvazione da parte degli uffici, sicchè di avallo generico e generale per il futuro non pare sia possibile parlare.

La difesa dell'Ecc.ma Camera ha chiesto, nelle sue finali Conclusioni, che a riforma dell'impegnata Sentenza questo Giudice voglia liquidare all'Ente la somma determinata dal perito giudiziale in lire 53.578.000= cui debbono aggiungersi 6.000.000= per soprassuolo, dichiarando compensate le spese dell'intero giudizio, a tale richiesta pare doversi consentire.

## 26.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 16 novembre 1993, n. 29<sup>49</sup>.

Benedettini Giuseppe (Avv. M. Nicolini) : Camia Maurizio e Birilli Gian Franco (Avv. G.L. Berti) : S.p.a. Uniass Assicurazioni (Avv. G. Belluzzi) – Causa n. 193, anno 1985.

### **Assicurazione – Compagnia assicuratrice cessionaria di altra sottoposta a liquidazione coatta – Responsabilità – Esclusione.**

*La compagnia assicuratrice, cessionaria di altra sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, non risponde degli eventi lesivi verificatesi antecedentemente alla liquidazione, ma soltanto di quelli successivi.*

---

## FATTO

Con istanza in data 11 settembre 1986 il signor Benedettini chiamava in giudizio i signori Camia e Birilli, per le rispettive responsabilità, e la società assicuratrice Intereuropea, affinché venissero condannati al risarcimento dei danni provocatigli da un incidente verificatosi il 5 settembre 1985 “per colpa del conducente l'autocarro targato PC/11880 di proprietà di Camia Maurizio, guidato da Birilli Gianfranco” assicurato presso la Società Intereuropea.

---

<sup>49</sup> Conferma la decisione di primo grado 19 febbraio 1991, inedita.



Si costituirono, pur tardivamente, le parti convenute, e al posto della Società Intereuropea, posta in liquidazione, venne citata la Società Uniass che si costituì in giudizio eccependo, sin dall'atto della costituzione, di essere del tutto estranea al presente giudizio e dando di ciò più che convincente motivazione e in diritto e in fatto.

Esaurito l'*iter* processuale si addivenne a Sentenza, con la quale in data 19 febbraio 1991 S.S. il Commissario della Legge respinse la domanda attrice dichiarando integralmente compensate fra le parti spese e onorari di giudizio.

Tale Sentenza veniva ritualmente impugnata dal signor Benedettini in base alle seguenti considerazioni:

- a) nella fattispecie non si era trattato di incidente di lavoro ma di incidente conseguente "a circolazione di automezzo sia pure su area privata";
- b) la responsabilità del conducente dell'automezzo e quindi dell'automezzo stesso è provata dagli atti di causa;
- c) conseguentemente deriva responsabilità sia del conducente del mezzo sia del proprietario del mezzo sia della Compagnia di Assicurazione che garantiva il mezzo medesimo.

Si costituivano in giudizio le parti appellate, opponendosi e chiedendo la conferma dell'impugnata Sentenza: in posizione parzialmente difforme si poneva l'Uniass che chiedeva la parziale revisione della Sentenza in tema di spese e onorari e sul punto proponeva appello incidentale.

Esaurito anche l'*iter* di secondo grado le parti presentavano le finali allegazioni e il fascicolo veniva trasmesso a questo Giudice.

## DIRITTO

Va in primo luogo esaminata la posizione dell'appellante Uniass, e va detto subito che il suo appello incidentale deve essere accolto. Come l'avv. Belluzzi ha ampiamente ricordato e in primo grado e in secondo l'Uniass è, sin dall'inizio della vertenza, del tutto estranea al rapporto processuale in essere, è priva di legittimazione processuale. Di ciò l'istante Benedettini era informato, come si desume da lettera del signor Camia allegata al fascicolo processuale: in tale lettera il signor Maurizio Camia, in data 5/XII/1985 comunicava "Nel rimetterVi fotocopia della polizza in garanzia Vi consigliamo di riassumere la causa nei termini previsti dalla legge convenendo in giudizio il Commissario liquidatore dell'Intereuropea s.p.a., la Uniass s.p.a. quale cessionaria del portafoglio Intereuropea s.p.a., e l'INA quale gestore del Fondo Garanzia vittime della strada". Del dato, inspiegabilmente, non si è tenuto alcun conto, così come non si è tenuto conto alcuno dell'avvertimento che sin dall'inizio l'avv. Belluzzi è venuto formulando, precisando che la cessione del portafoglio riguardava gli eventi successivi alla liquidazione coatta amministrativa e non quelli precedenti, che la responsabilità del Fondo poteva anche essere assunta dall'Uniass ma solo su delega dell'INA, che, infine e conclusivamente, non si voleva entrar nel merito per la ricordata mancanza di legittimazione ma taluni aspetti dell'incidente sembravano escludere anche ogni responsabilità del Fondo medesimo, e in particolare il fatto che l'evento si fosse verificato all'estero e l'altra circostanza che il fatto fosse derivato dallo spostamento di un automezzo non su strada ma entro un'area privata. Ciò detto non risultava ovviamente che in ipotesi di riconoscimento di colpa il Benedettini non avesse a chi rivolgersi, sussisteva pur sempre, ed era anzi la principale, la responsabilità del guidatore e quella

del proprietario del mezzo, e altre ancora se gli atti processuali le facessero emergere. Sotto questo profilo le ragioni dell'Uniass non richiedono lunga dimostrazione e il ristoro di spese e onorari da parte dell'incauto litigante pare ad essa dovuto.

Diversa la situazione per ciò che concerne gli altri appellati: la vittima dell'incidente ha allegato un certificato medico ove si parla di invalidità permanente e se ne indica la percentuale, ma si tratta di medico italiano, pare retribuito dallo stesso appellante che del compenso chiede il rimborso, non risulta sia mai stata chiesta perizia giudiziaria pur se il caso non era di poco conto. Anche la dinamica dell'incidente come è stata descritta nelle deposizioni non appare idonea a ricostruire responsabilità singole ma piuttosto sbadataggine collettiva, trascuratezza di addetti che può trovare quale spiegazione la abitudinarietà dei comportamenti. Il Benedettini, insieme ad un collega, stava caricando (aveva finito di caricare?) un rimorchio parcheggiato nel cortile del Colorificio Sammarinese, tale rimorchio pare ostruisse l'accesso ad altro mezzo esso pure destinato al carico delle merci. La ristrettezza dello spazio, infine, non consentiva la chiusura dei portelli del container, di qui la necessità di uno spostamento, suggerito non si sa da chi ma eseguito materialmente dal signor Birilli che in attesa della fine del carico, che non era opera sua, era fermo a conversare con alcuni colleghi, e mise in moto il trattore ignorando che entro il rimorchio vi erano i due operai del Colorificio. Vuoi per uno strappo della partenza, vuoi perché nel cortile pare vi sia una pendenza, vuoi perché il carico non era stato stivato a regola d'arte, le merci si mossero investendo il Benedettini e non l'altro operaio che riuscì a saltare dal veicolo in tempo prima di essere colpito dai materiali, latte o scatole che fossero ma neppure questo è precisato.

La ricostruzione effettuata nella impugnata Sentenza pare, allo stato dei fatti, la più perspicua, testi e documenti non contraddicono tale ricostruzione, anzi la sostengono, sicché non pare arduo attribuire a incidente di lavoro dovuto a leggerezza di molti dei presenti e fra di essi del Benedettini la responsabilità dell'accaduto con la conseguenza necessaria della conferma della Sentenza di primo grado. Al Benedettini, come responsabile della reiterata chiamata in causa di soggetto non legittimato, vanno ascritte spese e onorari del presente grado di giudizio per quanto concerne l'Uniass, mentre si conferma la precedente decisione per ciò che concerne spese e onorari delle altre parti in causa, integralmente compensate pure in grado di appello.

## 27.

Giudice di Appello per la Conciliazione (Dott. Valeria Pierfelici), 29 novembre 1993, n. 198<sup>50</sup>.

Coccoli Corrado (Avv. G. Saraceni) : S.n.c. Alubindor (Avv. P.L. Baccocchi); causa n. 263, anno 1993.

### **Appello – “Ius novorum”.**

*Le nuove domande proposte per la prima volta in grado di appello sono manifestamente inammissibili.*

---

<sup>50</sup> Vedi la decisione 31 marzo 1993 del Giudice Conciliatore, inedita.

*E' unicamente consentito far valere nuovi elementi di giudizio, ed anche nuove prove, perché relativi ai capi delle domande già enunciati nel giudizio di primo grado.*

### FATTO

Con atto di citazione in data 15 luglio 1993 il signor Ceccoli Corrado ha introdotto il presente giudizio d'appello avverso la sentenza emessa dal Signor Giudice Conciliatore in data 31 marzo 1993, la quale "accogliendo l'istanza di citazione della appellata ditta Allubrindor s.n.c., con la quale si chiedeva la restituzione della somma di L. 741.232=, condannava il convenuto signor Ceccoli Corrado al pagamento in favore della attrice Allubrindor s.n.c. alla somma suddetta oltre agli interessi nella legale ragione del 7% dalla data della citazione al saldo nonché al pagamento delle spese ed onorari di causa". Conveniva pertanto l'attrice Allubrindor avanti a questo Tribunale per sentirla, "in totale riforma della sentenza impegnata: dichiarare che nulla è dovuto dal sig. Ceccoli Corrado alla ditta Allubrindor s.n.c.; condannare la parte appellata a rifondere all'appellante le spese i diritti e gli onorari di causa di entrambi i gradi del giudizio".

Lamentava l'appellante che la sentenza di primo grado doveva essere riformata in quanto: "1) l'azione esercitata dalla ditta appellata consta nell'azione generale di restituzione, offerta dal diritto romano comune nell'ipotesi di ripetizione dell'indebito ed in ogni caso di arricchimento ingiustificato; 2) Presupposti dell'azione sono: a) la *datio*; b) la mancanza di *titulus acquirendi* o di una *causa retentionis*, cioè di una causa giuridica idonea a legittimare l'acquisto dell'accipiente. 3) La procura appellante non contesta la *datio*, contesta invece l'accertamento fatto dal giudice di primo grado riguardo alla mancanza del "*titulus acquirendi*" relativo alla somma di L. 741.232, infatti tale somma ha il proprio fondamento in ulteriori opere, prestate dal signor Ceccoli in favore della ditta Allubrindor s.n.c.; 4) Le prove documentali delle ulteriori prestazioni fornite dall'appellante non sono state prodotte nel corso del procedimento di primo grado per cause non imputabili al mio assistito, in quanto tale documentazione si trovava in possesso di altra persona cui era stata consegnata con il preciso incarico di produrla in giudizio. A causa di tale increscioso disguido la predetta documentazione non è mai stata prodotta e solo ultimamente il signor Ceccoli ne è tornato in possesso".

All'udienza del 16 settembre 1993, fissata per la costituzione delle parti si costituiva la sola procura appellante.

In data 7 settembre 1993 si costituiva anche la parte appellata, la quale chiedeva che questo Giudice "considerati i motivi addotti dalla parte appellante si pronunci sull'inammissibilità dell'appello a norma dell'art. 4 ultimo comma della legge 19 gennaio 1989 n.5". Esponeva infatti la procura appellata che l'appello *de quo* deve considerarsi inammissibile in quanto "ammettendo l'appello su quanto esposto da parte appellante si porterebbe a violare i principi del contraddittorio, si potrebbe arrivare all'aberrazione che prodotti in questo grado, al termine di controprova, i documenti di cui ai motivi d'appello del signor Ceccoli Corrado, parte appellata nulla potrebbe contestare, neppure in altro eventuale giudizio".

Con decreto in data 18 ottobre 1993, dopo aver instaurato il contraddittorio sull'eccezione sollevata dalla parte appellata, si dava atto che l'eccezione medesima doveva essere decisa in via interlocutoria.

All'udienza dell'11 novembre 1993 si addiveniva alla irrotulazione, dopo di che il fascicolo era posto *in pro servato*.

La procura appellante ha concluso chiedendo “respingere la richiesta formulata dalla procura avversa con comparsa in data 7.10.93, dichiarando l’ammissibilità dell’interposto appello, con conseguente condanna al pagamento delle spese ed onorari di causa relativi alla presente fase del giudizio”.

La procura appellata ha invece concluso “dichiarandosi sin da ora inammissibile l’appello proposto dal signor Ceccoli Corrado, con condanna del medesimo alle spese, competenze ed onorari”.

## DIRITTO

1. La procura appellata eccepisce l’inammissibilità dell’appello, in quanto fondato su nuove prove, non prodotte nel giudizio di primo grado.

In applicazione dell’art. 4 terzo comma della legge 19 gennaio 1989 n.5, per ragioni di economia processuale, questo Magistrato d’Appello ha ritenuto di doversi pronunciare immediatamente sull’eccezione sollevata, anzicchè rinviarla al definitivo.

E’ evidente infatti che trattasi di eccezione pregiudiziale, la quale deve essere esaminata senza toccare minimamente il merito, dovendo il Giudice esclusivamente valutare la eventuale sussistenza di cause che rendono, appunto, inammissibile l’appello.

**La pronuncia di inammissibilità deve avvenire ogni qualvolta si riscontri la mancanza dei requisiti e delle condizioni dell’impugnazione, che devono essere individuati nell’esistenza di un provvedimento; nell’interesse ad impugnare, determinato dalla soccombenza della parte che impugna e che si sviluppa in una critica al provvedimento; nella legittimazione ad impugnare, determinata dalla qualità di parte nella precedente fase del processo; nella obiettiva impugnabilità del provvedimento; e nel rispetto dei termini previsti per la proposizione del reclamo.**

**Quando ravvisi la mancanza di uno di tali requisiti, il Giudice adito deve pronunciare “sul processo”, con una decisione che ha per contenuto la negazione della stessa possibilità dello svolgimento della fase di impugnazione, e che si suole chiamare pronuncia di inammissibilità dell’impugnazione.**

Si osserva che nella specie ricorrono tutti gli elementi richiesti per l’ammissibilità dell’appello, e, dunque, sotto tale profilo, il gravame deve ritenersi ammissibile.

2. Premesso dunque che non sussiste alcun vizio che importi l’inammissibilità – in senso proprio – dell’appello, va segnalato che secondo la procura appellata l’appello *de quo* sarebbe da considerarsi inammissibile perché sarebbero addotte domande nuove, o meglio nuove prove, con palese violazione del principio del contraddittorio.

L’eccezione sollevata dalla procura appellata in sostanza coinvolge la questione dello *ius novorum* in appello.

**Nel diritto giustiniano si affermò il divieto di proporre domande nuove in appello, quale fondamento del criterio del doppio grado di giurisdizione. Si ammise, peraltro, la facoltà per le parti di proporre nuove eccezioni, di produrre nuovi documenti e di chiedere l’ammissione di nuovi mezzi di prova, volendosi così consentire la correzione, in appello, di errori di difesa e di condotta processuale verificatisi in primo grado, o la riparazione ad una precedente ignoranza di fatti o di circostanze che potrebbe essere anche incolpevole.**

Afferma al riguardo una costituzione di Giustiniano (C. 7, 63, 4): “*per hanc divinam sanctionem decernimus, ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus, tam appellatori, quam adversae parti novis etiam adsertionibus utendi, vel exceptionibus,*

*quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis coniunctae sunt, quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae*".

La dottrina del diritto comune applica pienamente tale principio: "*Nihil tamen obstat haec regula, nihil innovari appellatione interposita, quo minus novae probationes per instrumenta vel testes adhibeantur in lite appellationis, si modo non ad nova capita, sed ad ea, quae iudicio priore agitata pertineant: et hoc est, quod vulgo traditur, in appellationibus non probata probari, non deducta deduci posse*" (J. Voet, *Commentariorum ad Pandectas*, Lib. XLIX, tit. VII, n.2).

La giurisprudenza sammarinese recepisce tali insegnamenti. E' stato infatti autorevolmente sostenuto: **"nel diritto romano comune, il *ius novorum* nel giudizio di appello è ammesso, ma con ampi limiti: secondo il costante insegnamento della tradizione giurisprudenziale, pur ammettendosi con una prudente larghezza la maggior libertà di difesa mediante nuove eccezioni, allegazioni e prove è stato sempre tenuto fermo il principio sancito dalla legge 4 pr. Cod. 7. 63 [...]. E' cioè consentito alle parti di far valere nuovi elementi di giudizio, nuovi fatti e nuove eccezioni, e quindi anche nuove prove, purchè relativamente ai capi delle domande (*capitula*) già enunciati e fissati nel giudizio di primo grado. Il divieto di proporre in appello nuove domande si fonda non soltanto sulla norma del legislatore, ma sulla natura e funzione stessa dell'istituto, in rapporto alla duplice esigenza di garantire il doppio grado di contraddittorio e giudizio, e di evitare che l'appello possa trasformarsi in un nuovo ed autonomo giudizio"** (sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Prof. Guido Astuti in data 20 luglio 1970, in *Giur. Samm.*, 1970-80, p.114 s.).

3. L'esame degli atti consente di affermare che l'appellante non ha avanzato una domanda nuova e che le nuove prove attengono dunque ad una domanda già proposta in primo grado.

La procura dell'attuale appellante aveva infatti eccepito in primo grado "che la parte attrice doveva versare la somma di L. 741.232 per altri lavori eseguiti" (comparsa in data 8 ottobre 1990).

Per quanto è dato affermare allo stato degli atti, e dunque senza minimamente scendere nel merito, le nuove prove documentali che l'appellante ha enunciato di voler produrre sembrano pertanto attenere a tale "*capitulus*", già dedotto in primo grado.

Deve dunque essere respinta – allo stato degli atti – l'eccezione sollevata dalla procura appellata.

Eventuali valutazioni sul comportamento processuale delle parti non possono evidentemente essere svolte in questa sede, e pertanto vengono rimesse al definitivo.

4. Le spese e gli onorari della presente fase di giudizio devono essere posti a carico della parte appellata, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

## 28.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 1 dicembre 1993, n. 27<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Conferma la decisione di primo del grado 25 agosto 1990, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, p. 1645 s..

Cardinali Alberto (Avv. R. Bonelli) : S.A. Primavera (Avv. M. Nicolini); causa n. 175, anno 1989.

**Lavoro – Assenza ingiustificata – Licenziamento – Motivazione.**

*L'assenza ingiustificata dal posto di lavoro, violando i doveri di puntualità e di negligenza, integra gli estremi del giustificato motivo di licenziamento del dipendente.*

---

FATTO

Con istanza in data 26 giugno 1989 il signor Alberto Cardinali conveniva in giudizio la s.a. Primavera per ivi “sentir dichiarare nullo e di nessuno effetto il pronunciato licenziamento per manifesta irritualità e mancanza di giustificato motivo, riconoscendosi che la società convenuta è tenuta a risarcire il Cardinali di ogni danno risentito nel frangente, con condanna al pagamento del medesimo di tutte le retribuzioni perdute fino alla data in cui il suddetto sarà riassunto presso la s.a. Primavera ...”.

Si costituiva, opponendosi, la società in questione, e aveva luogo il rituale *iter* processuale nel corso del quale venivano escussi due testi ed acquisiti documenti.

Al termine le parti concludevano.

Con Sentenza in data 25 agosto 1980 S.S. il Commissario della Legge respingeva l'istanza attrice, confermando il licenziamento in quanto “giustificato dal suo abbandono del posto di lavoro”, condannando inoltre l'attore Cardinali al pagamento di spese e onorari di giudizio.

Impugnata ritualmente tale Sentenza, e nuovamente costituitasi in giudizio la resistente s.a. Primavera il rito si esauriva rapidamente, non avendo le parti ritenuto utile o necessario l'apporto di ulteriori prove, e si giungeva alla fase delle conclusioni.

DIRITTO

La dichiarazione di appello enunciava i seguenti motivi di doglianza:

- a) “... le contestazioni mosse dalla s.a. Primavera al proprio dipendente non recavano l'indicazione del provvedimento disciplinare, fra i molti possibili, che si intendeva mettere in atto, privando così il dipendente di valutare in tutti i suoi termini la situazione”;
- b) “il licenziamento non è comunque proporzionato alla pretesa violazione, sia in linea generale sia in rapporto alla specifica norma che consente l'allontanamento dal posto di lavoro in presenza di motivi familiari e quindi abbastanza generici”;
- c) “la medesima norma era stata applicata all'interno dell'azienda in maniera ampiamente liberale, per cui il Cardinali, anche nell'episodio contestato, si era comportato secondo la prassi”.

I motivi suddetti venivano poi ampiamente sviluppati nella comparsa conclusionale, e ad essa si farà qui riferimento.

Il difetto di motivazione, enunciato dalla difesa del Cardinali, sussiste senza ombra di dubbio, ma si tratta di un difetto che si riscontra e nelle scarse annotazioni che il

Cardinali apponeva sui moduli di richiesta del permesso sia nella lettera, allegata agli atti, con la quale la società contestava i fatti e invitava il Cardinali a presentare le proprie controdeduzioni. Non potendo ritenersi che i rapporti normali fra qualsiasi dipendente e il capo del personale si limitino alle testimonianze scritte si deve però supporre che nell'uno come nell'altro caso vi fossero anche rapporti verbali, che il Cardinali cioè bonariamente spiegasse in cosa consistevano i motivi familiari o perché volesse recarsi dall'avvocato o al proprio sindacato, bonariamente perché di solito ciò avviene non certo per consentire censure al proprio operato ma per il clima di cordialità che suole esistere all'interno di ogni *societas personarum*. Non a caso, ma forse non del tutto in buona fede, la s.a. Primavera insiste, nella lettera in data 7/4/89, sui "comprovati motivi" e sui "documentati casi", segnalandone graficamente il rilievo: non a caso perché se la brevità dello spazio che il modulo riserva alle motivazioni esige l'uso di formule stereotipe non pare dubitabile che proprio le norme di correttezza alle quali il Cardinali si richiama postulino diverso e più esplicito comportamento. La sproporzione fra comportamento e sanzione sembra far riferimento ad una prassi aziendale, ad essa si richiamano pure le controdeduzioni del signor Cardinali e può valer la pena di dedicarvi qualche riga. Che il clima fra il lavoratore e il datore di lavoro non fosse idilliaco è testimoniato oltre che dai fatti anche dalla lettera di controdeduzioni che il signor Cardinali inviò all'azienda; in essa si manifesta il convincimento che la società voglia liberarsi di lui, ciò che induce a supporre che almeno in forma di garbato avvertimento qualche richiamo vi fosse stato in passato. Non in un passato remoto se è vero come risulta pacifico che il signor Cardinali aveva ottenuto in passato positivi cambi di qualifica, ma in un passato più prossimo, come si evince anche dai cartellini delle assenze ai quali non si può fare riferimento ai sensi della Legge n.23/1977 ma dei quali si può e deve tener conto nella valutazione della situazione generale. D'altro canto è a dirsi che nelle ricordate controdeduzioni il signor Cardinali si diceva pronto a dar prova dei motivi familiari ai quali aveva fatto ricorso per i permessi ottenuti e per quelli dei quali si discute, ma tale prova non ha ritenuto poi di dare nel corso della causa, sicché a tutt'oggi se ne ignora la natura. E, a tutto voler dire, si ignora pure quale sia il settore nel quale opera la s.a. Primavera, quanti addetti abbia, quali fossero le specifiche mansioni in essa del signor Cardinali, poiché il giudizio di sproporzione fra comportamento e sanzione potrebbe nascere solo dalla conoscenza del rapporto di lavoro e della sua qualificazione.

Quale fosse, poi, la prassi seguita dall'azienda è altro dei punti oscuri: il signor Cardinali nella risposta e la sua difesa negli atti processuali si richiamano ad un trattamento che sia eguale per tutti, come a suggerire che il signor Cardinali sia vittima di discriminazione, ciò che potrebbe comportare, sempre a norma della legge n.23 dell'anno 1977, la nullità del licenziamento, ma di tale rilievo non è traccia nell'apparato probatorio.

In via di conclusione: prescindendo dalla pendenza di causa in sede penale che non ha qui alcun rilievo, pur al di fuori dei fatti eventualmente costituenti reato, il linguaggio *hinc inde* usato nelle note scritte non pare quello usuale nei rapporti di lavoro ("la Sua solita arroganza", così nella cit. Lettera al signor Cardinali del 7/4/89; "D'altronde ormai è chiaro che potrei mettere qualsiasi motivazione, che trovereste sempre da ridire, come lo state dimostrando in qualsiasi momento da quando avete deciso a tutti i costi di liberarVi di me" così nella Lettera di risposta in data 11.4.89; ivi: "In riferimento alle telefonate, sono d'accordo per il pagamento, a patto che la legge sia uguale per tutti e non come si sta facendo", ove la prova di trattative verbali o di contestazioni verbali dato che nella lettera cui si risponde non vi è alcun accenno a telefonate). Non si ha, come già

si è detto, alcuna notizia sulle cause della incomprensione fra le parti, l'iter seguito dalla s.a. Primavera pare in sostanza rispettoso delle prescrizioni di legge, in tale situazione pare doversi confermare l'impugnata Sentenza, compensando le spese di questa fase di giudizio.

## 29.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 19 dicembre 1993, n. 43<sup>52</sup>.

Zanotti Romano e Pruccoli Pierino (Avv. G.L. Berti) : Ditta Forcellini Industria Alimentari Carni (Avv. P.L. Baccocchi) – Causa n. 238, anno 1988.

### **Professioni libere – Onorario – Determinazione.**

*Sono fonti di determinazione del compenso delle prestazioni professionali la convenzione delle parti, le tariffe, gli usi, la determinazione del giudice.*

---

## FATTO

Con istanza in data 22 settembre 1988 gli allora attori e oggi appellanti signori Zanotti e Pruccoli convenivano in giudizio gli attuali appellati chiedendo che questi ultimi fossero condannati “in solido al pagamento della somma di lire 66.085.270= con gli interessi, la rivalutazione, il rimborso di spese e onorari di causa”, per le motivazioni che seguono. Il credito risultava, a detta dei signori Zanotti e Pruccoli dal residuo pagamento di somma derivante da prestazioni professionali che gli allora attori avevano reso agli allora convenuti che di esse avevano rifiutato il pagamento. In altri termini la Ditta Forcellini aveva costruito, *rectius* fatto costruire, uno stabilimento industriale, ormai da alcuni anni terminato e in uso, aveva affidato la direzione dei lavori ai due geometri Zanotti e Pruccoli, aveva provveduto a saldare le note e parcelle che via via le venivano presentate, aveva contestato “una parcella aggiuntiva e di completamento delle competenze professionali”, ritenendo evidentemente di nulla più dovere. I convenuti si costituivano regolarmente, eccependo la totale infondatezza della domanda, contestandone il contenuto per ciò che attiene all'opera di altri professionisti ai quali essi convenuti non avevano mai conferito alcun incarico professionale. Riconosceva però la Ditta Forcellini il proprio debito, per l'importo di lire 1.454.400=, conseguente alle attività degli attori per l'allibramento catastale dell'immobile del quale è causa.

Le posizioni delle parti venivano ulteriormente chiarite nel corso del procedimento, venivano così acquisiti documenti, veniva esperito il contraddittorio, e le parti, infine, concludevano, gli allora convenuti sostenendo di nulla dovere, se non la somma di lire 1.454.400= per le causali già dette, aggiungendo però la richiesta che gli attori venissero

---

<sup>52</sup> Conferma la decisione di primo grado del 16 maggio 1990, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, p. 1609 s..



dichiarati temerari litiganti al fine di una eventuale azione per danni da esperirsi in altra sede.

Con una dotta Sentenza pronunciata il 16 maggio 1990 S.S. il Commissario della Legge dopo avere pazientemente esaminati i *merita causae* e la documentazione prodotta, respingeva l'istanza degli attori, ordinava ai convenuti il pagamento della già ricordata somma sulla quale esiste concordia fra le parti, in base al principio che fa gravare sui soccombenti spese e onorari di causa condannava i signori Zanotti e Pruccoli al pagamento di essi, respingeva, infine, la richiesta di qualificare come temeraria la pretesa attrice e ciò che ne era conseguito.

La Sentenza veniva ritualmente impugnata dai soccombenti, si opponeva all'appello, presentava anzi appello incidentale per ciò che attiene alla temerarietà, la s.a. Forcellini che, per il resto chiedeva, ovviamente, la conferma dell'impugnata Sentenza.

Nel corso del procedimento venivano acquisiti documenti ed ascoltati i testi geom. Novembrini, architetti Lombardini e Pini, ing. Battistini, geom. Lonfernini; al termine le parti concludevano.

## DIRITTO

Va detto innanzi tutto che la Sentenza non pare scalfita dalle critiche cui è stata sottoposta, le argomentazioni sul tipo di rapporto instauratosi fra le parti non sembrano infatti suscettibili di censura alcuna, e in via preliminare questo Giudice, attingendo ai documenti di causa proverà a fornire qualche ulteriore indicazione. Mutano, ad esempio, le denominazioni sociali di entrambe le parti, ma mentre quella dell'appellata Ditta Forcellini non sembra avere rilievo, poiché sempre vengono in questione i signori Forcellini e Casadei, per ciò che riguarda l'appellante la variazione sembra avere avuto qualche rilievo. All'inizio, allorché si raggiunge l'accordo sul lavoro da effettuarsi, il committente si rivolge ai geometri Zanotti e Pruccoli, successivamente questi ultimi si associano l'ing. Benvenuti e l'attività dello Studio evidentemente si allarga poiché dall'intervento di un ingegnere consegue la possibilità di accedere a lavori di più ampia portata. Lo studio prende quindi la denominazione di "Il Progetto", e assume, sia pure con rapporti di lavoro precario e pagamento in base al lavoro svolto, due giovani architetti. Si deve, quindi, notare che se una delle parti, il committente, è rimasta immutata, l'altra ha subito un cambiamento, l'unico elemento che consenta di dare qualche parvenza di ragionevolezza alla controversia. Si dà per certa la presenza di buona fede in entrambe le parti, che appunto in buona fede sono portatrici di valutazioni opposte. Dal collaudo effettuato in data 09/06/1986 dall'ing. Piersante Battistini si riscontra che i geometri Zanotti e Pruccoli avevano assunto e svolto il compito della direzione dei lavori, non il calcolo del cemento armato, non la costruzione vera e propria, in economia come usa dire, ma con ricorso ad altre ditte che sono tutte debitamente elencate ognuna per la parte di responsabilità che può competerle. Il collaudo ha avuto esito positivo, quindi non vi è problema sul punto. E' possibile che gli esecutori siano stati scelti, suggeriti, indicati, dagli appellanti, probabilmente più a conoscenza dei nomi dei possibili esecutori di quanto normalmente possa esserlo chi si dedica ad altra attività, non si sa chi abbia formalmente dato l'incarico di operare a tali esecutori, se cioè lo Studio Zanotti e Pruccoli o la Ditta Forcellini, ciò non è detto né dagli atti del fascicolo è possibile desumerlo con certezza, mentre avrebbe avuto qualche importanza ai fini della determinazione della attuale controversia. Quale che sia la verità

sul punto, da ciò che si è detto sinora emerge però la buona fede delle parti, l'una ha scelto uno Studio composto da due geometri e rimane quanto meno stupita allorché si veda presentare una parcella per l'opera di architetti ai quali non ha dato alcun mandato anche se ne ha registrato la presenza in cantiere e ha scambiato qualche parola con essi, mentre l'altra deve al termine dei lavori corrispondere un compenso anche ai professionisti e deve, se non lo ottiene dall'ipotetico committente, dedurre dal proprio utile la spesa relativa. Ciò non toglie certo valore all'osservazione dell'avv. Berti, che cioè il compenso da prestarsi ai due architetti non altera di gran lunga il totale dei compensi richiesti (si tratta, infatti, del 10% circa della somma contestata), ne dà una ragione, la ragione della ripulsa a pagare ciò che non si è commesso, e della mancata commissione danno conferma le testimonianze stesse degli interessati rese in grado di appello.

Non sembri, quanto sopra, una divagazione, è la spiegazione del motivo per il quale questo Giudice, **ritenuta la buona fede, debba respingere la richiesta di dichiarazione di temerarietà della lite.**

Più acuto il motivo del ritardo: se si scorrono le date degli atti si nota, infatti, che il collaudo fu eseguito come si è detto il 9 giugno 1986 (i lavori erano già finiti e non da qualche giorno, l'Ufficio Urbanistica ne prese atto l'8 settembre 1986), mentre la Nota aggiuntiva della quale si discute reca la data del 20/1/1988. Non si tratta, come con qualche giustificata enfasi sosterrà la difesa Forcellini, di due anni, ma di poco meno di due anni: a nulla rileva la peraltro strana affermazione del geom. Novembrini che egli stesso spedisce le note definitive entro due o tre anni, sia perché non è del tutto sicuro che egli sappia che a norma di Statuto si applica a questi rapporti la prescrizione breve e cioè triennale, sia perché ciò dicendo mostra di essere in qualche misura interessato alla vertenza, non perché egli pure abbia svolto attività per la Ditta Forcellini ma perché egli pure, evidentemente, non usa informare puntualmente i suoi clienti dell'andamento dei conti. Una volta finiti i lavori, esaurite le pendenze (se ve ne furono, ma pure questo non ci è noto) nei confronti di terzi, quale altro tempo è necessario attendere per provare a riscuotere un credito? Se la contabilità era tenuta secondo le comuni regole non pare necessario il decorso di quasi due anni, e se si applica il principio di ragionevolezza, l'*id quod plerumque accidit*, appare davvero difficile comprendere la ragione dell'inerzia, non foss'altro per l'elevatezza dei tassi bancari, attivi e passivi che nulla cambia sul tema, sia che si abbia fretta di incassare il dovuto per investirlo sia che si abbia eguale e maggiore fretta per estinguere mutui bancari. Come si diceva, questo Giudice procede in base al criterio della presunzione di buona fede, è pertanto incline ad ascrivere pure questo fenomeno alla felice crescita dello Studio Zanotti e Pruccoli, che può aver giustificato proprio per effetto della crescita e quindi della non perfetta simmetria fra lavori e contabilità la strana inerzia. E ciò ci porta nel cuore della controversia: annotava, esattamente, il Commissario della Legge, che non si era svolto contraddittorio sulla formazione del *quid* al quale applicare le aliquote: per ovviare al rilievo la difesa degli appellanti ha allegato le note dell'Ambasciata d'Italia e dello stesso appellato Forcellini dalle quali si desume che il valore dell'opera è da ascrivere a L. 2.500.000=. Questo Giudice ha il massimo possibile rispetto per il Corpo Diplomatico, ma non ritiene che l'Ambasciatore abbia qualsivoglia competenza professionale a valutare opere edilizie: è sì vero che il valore dell'opera, che l'appellante più correttamente forse fa ammontare a 2.313.000=, è pacificamente ammesso dalla Ditta Forcellini, ma anche qui soccorre il principio di ragionevolezza, in quale documento la Ditta Forcellini e l'Ambasciatore

d'Italia enunciano tale valore? A ben vedere unico momento nel quale un Ambasciatore può avere occasione di occuparsi di tale problema, di sollecitare dallo stesso interessato una dichiarazione in tal senso, si verifica allorchè il costruttore voglia essere inserito in uno degli albi nei quali in Italia si certificano i requisiti per partecipare ad appalti di opere pubbliche, in base alle precedenti esperienze di lavoro che possano dimostrare le capacità costruttive dell'impresa. Se si legge, per intero, la nota dell'Ambasciata, non si può non concludere che proprio questo era il caso, e infatti l'informativa non si riferisce solo allo Studio "Il Progetto" ma anche ad altri, e l'informativa assume i valori dopo averli, correttamente, chiesti agli interessati, nella fattispecie ai committenti. Questi ultimi, se soddisfatti dei lavori (la Ditta Forcellini non ha mai contestato la validità dell'operazione complessiva) largheggiano, arrotondano volentieri gli importi poiché testimoniano non già ad una banca, non già al Fisco, ciò che hanno speso, ma solo della loro approvazione dell'esito complessivo dei lavori effettuati. Se così è non pare possano aver valore di prova né la dichiarazione della Ditta Forcellini, peraltro esagerata per eccesso ciò che di per sé sarebbe una novità assoluta, né la susseguente e dipendente dichiarazione dell'Ambasciata d'Italia, perché in entrambi i casi si ha dichiarazione di tenore a tutt'altro orientamento. Ma anche se così non fosse, donde si desume che il pagamento dei compensi debba esser fatto *ad valorem* dell'opera compiuta? E donde si desume che nel valore debba esser computata anche l'opera di altri mandatari, dall'ingegnere che ha effettuato i calcoli del cemento armato alla ditta che ha effettuati gli scavi e via di seguito? Non pare che si possa qui seguire alcun richiamo analogico, non certo il richiamo al tariffario degli avvocati ove il richiamo *ad valorem* è noto ed evidente. Non solo e non tanto perché il tariffario dei legali è per prassi secolare approvato con provvedimento della pubblica autorità, spesso è addirittura imposto, quanto perché si tratta di criterio tutto moderno e per nulla imperativo. Si è certo in presenza di un parziale vuoto normativo che la Legge quadro sulle professioni è destinata, appunto, a colmare dando certezza anche al tipo di rapporto sul quale verte la presente causa. Lo Statuto, per vero, rinvia in tale materia all'uso, si pagherà ciò che si suole pagare in San Marino per attività simili, ma è richiamo di difficile applicazione alla fattispecie, e comunque l'uso non sembra documentato in modo tale da farlo divenire coattivo, tale da dover essere seguito anche quando di esso non si sia neppur parlato: a nulla rileva che una associazione privata sembri convalidarlo, poiché si tratta dell'associazione fra coloro che hanno interesse a convalidarlo, e poi che dire del fatto che giunge a testimoniarlo un membro dell'associazione, un membro se si vuole autorevole in quanto fa parte del Consiglio direttivo ma ciò non basta certo a dimostrare che l'associazione sia d'accordo con lui. E anche se ciò fosse, come si fa a sostenere che, in tempi di inflazione, sia lecito fare la contabilità definitiva dopo due anni, allorchè i valori data appunto l'inflazione saranno saliti, e sull'importo così determinato chiedere la rivalutazione? Si tratta di mera sommatoria di costi o di valutazione della opera? Pure su questo punto sono mancati i necessari chiarimenti, e non è certo la parte che contesta il debito a doverli fornire. Ciò posto, come si diceva all'inizio, non pare a questo Giudice che siano state scalfite le argomentazioni a sostegno della sentenza di primo grado, e di conseguenza che sia possibile e doveroso giungere a diversa soluzione del caso. Le spese seguono la soccombenza.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 28 dicembre 1993, n. 41<sup>53</sup>.

Carattoni Renato (Avv. G. Lonfernini) : Moscioni Tito, Irma, Maria Grazia (Avv. P. Reffi) : Moscioni Pina (Avv. G.L. Berti) : S.p.a. Industria Italiana Petroli (Avv. M. Micheloni) – Causa n. 251, anno 1985.

**Contratto di cessione gestione licenza d'esercizio – Disdetta.**

*Il diritto comune fa assegnamento negli ampi poteri istruttori del giudice per pervenire alla conclusione della vertenza, tuttavia il magistrato deve procedere e decidere "secundum probata et alligata".*

---

FATTO

In data 30 ottobre 1985 il signor Carattoni conveniva in giudizio i signori Moscioni sostenendo di aver riportato danni, dei quali chiedeva risarcimento, dall'operato dei convenuti, poiché costoro avendogli nel 1979 concessa la gestione di una stazione di vendita di carburanti e lubrificanti a far tempo sino al 1985, avevano poi dato disdetta della fornitura dei materiali alla I.I.P. dal novembre del 1984, con la conseguente sospensione delle forniture.

Chiedeva pertanto che i convenuti fossero condannati in solido al pagamento della complessiva somma di lire 16.220.000=, corrispettivo del prezzo dei prodotti rimasti invenduti e del mancato guadagno da ciò derivante.

Costituitisi i convenuti veniva chiamata in causa l'I.I.P., che si costituiva in giudizio, venivano ammessi documenti, e sentiti testi. Al termine le parti concludevano.

L'avv. Lonfernini chiedeva di "confermare la responsabilità dei signori Moscioni Tito, Pina, Irma e Maria Grazia (secondo la graduazione che a ciascuno sarà attribuita) ..."; l'avv. Berti chiedeva di "respingersi la domanda di risarcimento danni del Carattoni, quanto meno nei riguardi di Moscioni Pina"; l'avv. Reffi chiedeva che "l'eventuale condanna al risarcimento dei danni ... sia pronunciata nei confronti della signora Moscioni Pina e dell'I.I.P., esentandone nel modo più assoluto i signori Moscioni Tito, Irma, e Maria Grazia"; l'avv. Micheloni chiedeva "respingersi la richiesta avanzata dalle signore Moscioni Irma e Maria Grazia in quanto del tutto priva di fondamento".

Con Sentenza in data 13 marzo 1991 S.S. il Commissario della Legge, dopo aver cercato di mettere ordine nella intricata matassa dei rapporti fra le parti, concludeva nel senso della reiezione dell'istanza attrice, "in quanto totalmente infondata e pretestuosa", compensava le spese di giudizio per quanto riguardante "il rapporto tra il Carattoni e Moscioni Tito, Irma e Maria Grazia", poneva a carico del soccombente Carattoni le spese di giudizio per quanto concernente Moscioni Pina e la s.p.a. I.I.P..

La Sentenza veniva ritualmente e vibratamente impugnata dal signor Carattoni che formulava, nell'atto introduttivo, i seguenti rilievi:

---

<sup>53</sup> Riforma la decisione di primo grado del 13 marzo 1991, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 15.

- a) la Sentenza condanna il Carattoni al pagamento delle spese e onorari anche nei confronti dell'I.I.P. che il Carattoni stesso non aveva chiamato in giudizio;
- b) che sussisteva un diritto di credito, come già enunciato in primo grado, nei confronti delle parti convenute, e che comunque in subordine le spese dovevano essere tutte compensate poiché non era addebitabile a colpa del Carattoni l'interruzione del contratto.

Si costituivano, opponendosi, le parti di cui sopra, e già nella parte iniziale del rito, in data 3/10/1991, l'avv. Lonfernini chiedeva che il Commissario della Legge voglia incaricare l'Ufficio Cursorile di controllare se e quali e quante merci fossero ancora conservate presso il signor Carattoni. Si opponeva l'avv. Berti sostenendo che dato il tempo trascorso lo stato di giacenza delle merci non aveva né poteva avere alcun significato, il Commissario della Legge dichiarava allora che l'eccezione era riservata a questo Giudice, ma non gli trasmetteva il fascicolo (non ne era stato espressamente richiesto d'altronde), e dava corso alla domanda appellante. E' possibile dire già a questo punto che l'accertamento è, come sosteneva più che ragionevolmente l'avv. Berti, del tutto influente e che la relazione dei Cursori può tranquillamente essere trascurata. Su richiesta dell'avv. Reffi veniva poi disposto il contraddittorio fra le parti, vanificato successivamente dall'assenza delle medesime: all'udienza del giorno 2/6/1992 l'avv. Reffi proponeva "una transazione della presente causa sulle seguenti basi: compensazione delle spese di causa e rinuncia da parte dell'appellante alle pretese avanzate"; alla proposta aderiva il Carattoni "salve le riserve in merito alla merce rimasta invenduta", mentre la signora Pina Moscioni si riservava di interpellare l'avv. Berti che era assente dall'udienza, e l'avv. Micheloni dichiarava di dover interpellare l'I.I.P. della quale era rappresentante. All'udienza successiva, in data 25/6/1992, l'avv. Reffi ripeteva la sua proposta di transazione, l'avv. Lonfernini aderiva, così farà poco dopo l'avv. Micheloni, ma nulla andava in porto poiché l'avv. Berti dichiarava che la sua assistita signora Pina Moscioni "intende considerare valida a tutti gli effetti la sentenza 13 marzo 1991 e pertanto ritiene del tutto ingiustificato un invito a transazione che comporti un onere di spese che la sentenza non prevede. Non si oppone a un'eventuale rinuncia dell'appellante alla causa di appello fatti salvi i diritti anche a questo riguardo circa le spese e onorari".

In successiva udienza, in data 5/11/1992, l'avv. Reffi produceva un documento, "copia conforme del contratto in data 7 ottobre 1983 dal quale si ricava come anche la signora Moscioni Pina fosse da considerarsi di fatto, titolare della licenza e quindi proprietaria dell'azienda per la vendita di carburanti e lubrificanti. Anche sull'appellata signora Moscioni Pina, anzi solo su di essa che da sola ha disdetto il contratto gravano gli obblighi derivanti dal contratto con l'appellante signor Carattoni": si opponeva all'ammissione del documento l'avv. Berti, "poiché non è munito della registrazione. Ne rilevo l'invalidità e la inammissibilità", ma con successiva comparsa l'avv. Reffi chiariva anche questo punto. Aperto, poi, il termine ad allegare, le parti concludevano.

## DIRITTO

Un punto va rilevato sin dall'inizio: questo Giudice non ritiene di essere in grado di dar consigli agli avvocati, né tanto meno di poter dare giudizi sulle strategie processuali da ognuno di essi seguite. E', non da oggi, perplesso sulla concezione ferrea che del

principio dispositivo pare aversi in questa Repubblica, con riferimento forse al codice di procedura vigente in Italia, ma con scarsa conoscenza del diritto comune che sui poteri istruttori, ampi se non ampissimi, del giudice faceva assegnamento per giungere a conclusione delle vertenze. Si adegua allo *stylus curiae*, pur ritenendolo errato, ma se di *stylus curiae* si tratta pare inutile poi dolersi delle conseguenze di esso: dice una vecchia massima che il giudice procede *secundum probata et alligata*, non può sottoporsi a troppe censure una sentenza che sia costretta a basarsi su lunghi ragionamenti perché le pezze fondamentali della causa non sono state *alligatae*. Il documento allegato alla fine del procedimento di appello da parte dell'avv. Reffi era sicuramente nei cassetti delle parti Moscioni, non lo conobbe il Commissario della Legge e da ciò derivarono fraintendimenti e dubbi che in sentenza vennero enunciati. La sentenza è certo da riformarsi, sia sul punto chiesto dall'avv. Lonfernini, le spese dell'I.I.P. che non possono essere messe a carico di chi non l'ha chiamata in causa, sia sul punto della responsabilità.

Per quanto concerne l'I.I.P., essa è certo colpevole di leggerezza, la disdetta se così può chiamarsi è oltre che tardiva dettata da una sola delle quattro parti contraenti. Le altre tre si dice che abbiano protestato, ma di ciò non vi è prova, e sul punto pare inutile indugiare. La I.I.P. ben poteva rifiutarsi di considerare esaurito e risolto il contratto, ma non le era certo vietato di aderire ad una richiesta in tal senso, sia perché non risulta dal contratto che l'atto di disdetta (nel termine previsto) dovesse essere fissato da una delle quattro firmatarie di esso o da tutti e quattro i firmatari, sia perché sostiene in una lettera di data non conflittuale di non saper nulla dell'altro contratto, quello col Carattoni del quale qui è causa. La tesi dell'I.I.P. appare plausibile, nessuna grande azienda si preoccupa di sapere se il gestore del punto vendita sarà un socio, un concessionario dei proprietari o uno stipendiato, è e resta sostanzialmente estranea al rapporto fra le parti contraenti e terzi, almeno sinché tali rapporti non riverbino sulla produttività dell'azienda. Appare l'I.I.P. disposta a sostanzioso aumento del canone, ma non pare fare un dramma dell'eventuale chiusura del contratto, sicché ne può accettare la risoluzione, dato che le clausole pongono garanzie a beneficio delle parti e l'altra parte vi ha espressamente rinunciato. Ciò si dice perché in assenza di una pur minima prova della resistenza dei fratelli Moscioni nei confronti dell'iniziativa della signora Pina Moscioni, l'altra parte ha il diritto di supporre che gli altri soci siano consenzienti. E', infine da segnalare come agli atti risulti come l'I.I.P. non sia in nulla colpevole dell'anticipata (rispetto alla scadenza del contratto Moscioni-Carattoni) sospensione dei rifornimenti, sia perché si dichiarò disposta a continuarli sia perché risulta dagli atti che alla data dell'effettiva chiusura il signor Carattoni aveva ancora disponibilità di carburanti, oli, antigeli, ed altro ancora.

Ulteriormente proseguendo in questa direzione è a dirsi che l'istanza del signor Carattoni peccava per eccesso, chiamava infatti a rispondere dei danni subiti i signori Tito Moscioni e Pina Moscioni, forse in base a notizie delle quali non siano stati messi a conoscenza, mentre il contratto al quale si riferisce il Carattoni era stato stipulato con le sorelle Irma e Maria Grazia Moscioni. Il fratello Tito era pertanto estraneo al rapporto contrattuale e non doveva essere citato, è strano che di ciò nessuno si sia stupito, nessuno pare aver rilevato l'anomalia. Il contratto, poi, prevedeva all'art. 6 che "la parte cedente dovrà acquistare il quantitativo di carburante, olio combustibile ed antigelo esistente al prezzo di costo. Gli accessori saranno esclusi dall'obbligo dell'acquisto". Ne deriva che l'azione in base al contratto doveva vertere esclusivamente nei confronti delle sorelle

concedenti e che queste ultime in nessun modo si sarebbero potute sottrarre all'obbligo di ritirare le merci giacenti, quelle almeno che rientrano in elenco, ad un prezzo diverso e inferiore rispetto a quello di mercato al minuto, per successivamente fare di tali merci l'uso che avessero voluto. Era stato regolarmente chiuso il contratto Moscioni-Carattoni? E' su questo punto che occorre indagare, senza troppo lasciarsi deviare dalla disputa sulla fine del contratto Moscioni-I.I.P., perché è questo il punto dedotto in causa. Una lettera dell'avv. Berti al signor Carattoni, in data 26/6/1984 e indirizzata per conoscenza anche alle signore Irma e Maria Grazia Moscioni, ma anche, e perché mai?, al signor Tito Moscioni, provvede in tempo utile a dare la disdetta del contratto, facendo riferimento alla scrittura privata che però è espressamente detto che non fu firmata dalla signora Pina Moscioni che è la cliente dell'avv. Berti. La disdetta, per ciò che riguarda il termine più che in regola, è data da una parte che non è tale, che dichiara di non esser tale se ricorda di non aver firmato un contratto che non la riguardava, e ciò non provoca rimostranze da parte delle due firmatarie, perché è bene dire subito che l'onere di acquisto delle merci grava su chi ha firmato il contratto Moscioni-Carattoni, non certo su chi era in sostanza parte, e sembrerebbe parte egemone, ma formalmente era estranea. A questi ed altri dubbi non pare abbiano voluto dare risposta le parti, ad avviso di questo Giudice i documenti mancanti perché mai presentati al giudice per l'allegazione al fascicolo sono più d'uno, e ciò spiega forse l'assenza dal contraddittorio e la proposta di transazione andata deserta: si vuol dire che le parti sanno bene quale intrico di rapporti si celi sotto le formalità giuridiche, ed è affar loro darne conto o no, ma ciò vuol dire correre il rischio, rectius la certezza, che la Sentenza quale che essa sia per essere si basi solo sulle prove allegate.

In base alle prove, dunque, la signora Pina Moscioni era estranea al rapporto Moscioni-Carattoni, della disdetta da lei data il signor Carattoni poteva quindi disinteressarsi, poiché solo le parti potevano darla validamente e la signora Pina Moscioni parte non era. Di fatto certo lo era, per quanto riguarda la licenza, ma poiché il contratto aveva per oggetto l'utilizzo della licenza essa rimane del tutto estranea alla vertenza. Vuole farne parte, non è chiaro il perché, quale "parte di fatto", se è vero che alla sua iniziativa non contrastata dalle altre parti si collega la rottura del contratto con la I.I.P. (in quella sede era una delle parti, almeno) e che sempre alla sua iniziativa, pure questa non contrastata dalle altre parti e cioè dalle vere parti in senso formale, si deve la rottura di un contratto che non era stato firmato da lei. **La saggezza degli antichi legislatori voleva che vertenze come queste, che solo di riflesso e abusivamente coinvolgono estranei, dovessero essere decise con il compromesso obbligatorio, dati i rapporti di parentela intercorrenti fra le parti; la stoltezza dei moderni ha trascinato pure queste controversie sul tavolo dei giudici che, in particolare il giudice d'appello che non risiede a San Marino, nulla sanno dei contrasti familiari o dei sotterranei accordi familiari che sfociano in una causa.**

Riepilogando i dati emersi, e sforzandosi di non entrare in fuorvianti supposizioni sullo stato dei rapporti familiari, emergono le seguenti considerazioni:

- a) alle iniziative della signora Pina Moscioni aderiscono, se non altro con la patientia, le signore Irma e Maria Grazia Moscioni, ergo tali iniziative comportano responsabilità a carico di chi le ha prese e di chi le ha subite;
- b) il signor Tito Moscioni può dirsi corresponsabile della rottura del contratto con la I.I.P., del quale era parte, ma nulla ha a che fare, salva diversa e intempestiva

- notizia, con la rottura del contratto Moscioni-Carattoni nel quale non pare aver rivestito alcun ruolo;
- c) a termini di contratto le signore Irma e Maria Grazia Moscioni debbono acquistare le merci in giacenza, ma non tutte s'intende, salvo poi in altra sede farsi garantire dalla signora Pina Moscioni, socia di fatto e di fatto pare egemone anche nel rapporto de quo;
  - d) la perizia del rag. Capicchioni fa stato sulla presenza delle merci al momento in cui si verificò: fa stato perché pur essendo più che lecito discuterla nessuno si è preso cura di farlo. Lo stesso avv. Berti, che si oppose alla escussione del teste, pur presente alla sua testimonianza, non fece alcuna domanda né alcuna riserva: tale perizia, però, non distingue (forse il rag. Capicchioni non conosceva il contratto ed il già citato art. 6) fra le merci che dovevano essere acquistate dai cedenti e le altre, cita la benzina al prezzo di vendita e poi cita il mancato guadagno che, pare evidente, doveva già essere ricompreso nel prezzo di vendita, elenca poi una serie di oggetti che per solito si trovano dai benzinai ma che non sono espressamente citati fra quelli da risarcire, anzi sono espressamente esclusi. Si dovrà pertanto ricorrere ad un risarcimento in via di equità, nella somma di lire 8.500.000=, alla quale si è pervenuti sommando dall'elenco Capicchioni gli importi relativi alle merci da rimborsare, depurando tali importi da una presuntiva aggiunta per il passaggio dal prezzo all'ingrosso a quello al minuto, e arrotondando il tutto per tener conto del danno subito per il ritardato e contenzioso adempimento;
  - e) per quanto riguarda le spese: spese e onorari relativi alla I.I.P. dovranno gravare per metà sulle signore Irma e Maria Grazia Moscioni, che hanno improvvidamente chiamato in causa la stessa I.I.P., e per l'altra metà sulla signora Pina Moscioni che ha contribuito a mantenere in causa la predetta società allorché se ne chiedeva l'estromissione o si profilava una transazione, che cadde solo per la volontà, anche in questo caso egemone, della signora Pina Moscioni; spese e onorari relativi al signor Carattoni dovranno essere pagati, in solido, dalle signore Irma e Maria Grazia Moscioni.

### 31.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 29 dicembre 1993, n. 42<sup>54</sup>.

Zafferani Luciano e Raimondo (Avv. M. Micheloni) : Terenzi Gianfranco (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 106, anno 1987.

#### **Servitù – Costituzione – Azione negatoria.**

*La mera esistenza di una servitù non comporta la sua legittimazione, se non nel caso di una lunghissima persistenza, con tutte le limitazioni che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato.*

---

<sup>54</sup> Conferma la decisione di primo grado del 7 giugno 1991, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 31.



---

FATTO

Con istanza in data 8/5/1987 il signor Terenzi esponeva di aver acquistato un lotto di terreno confinante con i lotti appartenenti ai signori Zafferani, di avere a suo tempo accertato che la proprietà era libera da servitù, pesi, oneri, di avere in prosieguo verificato la linea di confine ed avere accertato che la strada d'accesso alle proprietà dei signori Zafferani correva per alcuni metri sul terreno di proprietà del medesimo signor Terenzi limitandone la possibilità di recinzione. Vani erano stati i tentativi di bonaria composizione del contrasto, sicchè i lavori di recinzione erano stati sospesi con aggravio del medesimo signor Terenzi. Citava pertanto i signori Zafferani per sentir dichiarare libero da pesi il proprio immobile, e condannava i convenuti al risarcimento di ogni danno e alla rimozione di ogni opera effettuata sul predetto terreno di libera proprietà del signor Terenzi. Si costituivano, opponendosi, i signori Zafferani, nel corso del giudizio vennero acquisiti documenti, escussi testi, esperito il contraddittorio fra le parti. Al termine le parti concludevano. Con Sentenza in data 7 giugno 1991 S.S. il Commissario della Legge accoglieva l'istanza del signor Terenzi, dichiarava la sua proprietà libera da pesi e servitù, condannava i signori Zafferani all'eliminazione di ogni ostacolo alla recinzione, condannava i convenuti al pagamento di spese e onorari di giudizio, respingeva infine perché non provata la richiesta di risarcimento di danno avanzata dall'istante signor Terenzi perché non sorretta da prove.

Tempestivamente impugnavano la Sentenza i signori Zafferani, avanzando le seguenti doglianze:

a) "il Giudice non ha attribuito alcun valore alle testimonianze rese in fase di istruttoria";

b) l'esistenza della servitù era stata ampiamente provata nel corso del giudizio.

Chiedevano, pertanto, la riforma della predetta Sentenza con l'affermazione dell'esistenza della servitù nei limiti della esistente strada, e la condanna dell'appellato Terenzi al risarcimento di danni e spese.

Si costituiva il signor Terenzi ed aveva luogo l'istruttoria, nel corso della quale venivano escussi i testi Franco Gatti, Luigi Molinari, Luciano Zavatta, Pierino Pruccoli, venivano ulteriormente acquisiti documenti; nel corso dell'istruttoria, all'udienza del 19/3/1992, la difesa del signor Terenzi dichiarava che "per quanto in grado di dimostrare spese e danni per gli impedimenti al completamento dei lavori alla contigua proprietà Terenzi, in via conciliativa rinuncia alla deduzione degli stessi". Al termine le parti concludevano.

La difesa appellante richiamava *in toto* le argomentazioni contenute nella comparsa di primo grado, aggiungendo che i testi avevano ampiamente dimostrato che già nel 1974 la strada oggetto di causa esisteva, che dalla testimonianza dell'ing. Zavatta risulta che il Terenzi fu informato prima dell'acquisto (verificatosi nel 1979) dell'esistenza di una servitù, che in uno dei successivi atti di trasferimento del lotto Terenzi era stata prevista la costruzione della strada medesima, che l'attuale lotto Terenzi in origine apparteneva ad altro dei fratelli Zafferani, Alvaro Zafferani, che la mancata menzione della strada negli atti della lottizzazione si doveva alla circostanza che tale opera era stata costruita nel 1974, cioè in età successiva; ricordava altresì che nel diritto di questa Repubblica le servitù possono essere costituite anche per accordo fra le parti non formalizzato in un

atto notarile o in una trascrizione catastale. Chiedeva pertanto l'integrale riforma della Sentenza *de qua*.

La difesa Terenzi ricostruiva l'intera vicenda, prendendo le mosse dalla lottizzazione sostenendo che non era apparsa agli atti prova alcuna dell'esistenza di una servitù di passaggio o di un accordo per la sua formazione fra le parti originariamente coinvolte, non escludeva in relazione alla testimonianza del teste Gatti che in precedenza potesse esistere una via agricola all'interno dell'unità poderale nella quale venne realizzata la lottizzazione, ma l'approvazione del progetto avrebbe comunque fatto decadere ogni precedente organizzazione del territorio dato che tali progetti comportano un nuovo disegno dell'intera proprietà e un suo frazionamento interno che diversamente dispone fra di loro i diversi appezzamenti. Chiedeva, pertanto, l'integrale conferma dell'impugnata Sentenza.

### DIRITTO

L'apparato probatorio non consente a questo Giudice la dichiarazione dell'esistenza di una servitù di passaggio, mentre fa affiorare l'ipotesi, mera ipotesi, dell'esistenza di una strada comune, come tale insistente su terreni di diversi proprietari. E' certo ragionevole pensare che, se i lotti erano stati acquistati da tre fratelli, servitù o strada comune potessero essere istituite con bonario accordo fra di essi, ma la stessa esistenza di un terzo fratello viene ricordata solo in istruttoria d'appello, e senza alcun barlume di prova per quanto riguarda la sua condizione di proprietario del lotto poi acquistato dal signor Terenzi. Ma, anche se le cose andarono come la difesa Zafferani sostiene, è mai possibile che in occasione della cessione del lotto non ci si ricordasse di far sapere al notaio l'opportunità di dare conto nell'atto degli accordi precedenti? Non ne sarebbe forse neppure derivata una diminuzione del prezzo di vendita, poiché la strada comune non è escluso che potesse giovare anche al compratore, se tempestivamente informato ed in grado quindi di diversamente orientare il costruendo fabbricato. Anche la clausola del contratto di vendita fra i signori Belloni e Berti, danti causa del signor Terenzi, per la quale "Il lotto in contratto viene venduto a corpo nello stato in cui si trova, con accessioni, pertinenze, oneri e servitù", a nulla più si riduce che ad una formula di stile, compare normalmente in tutti i contratti di compravendita ed è tale da far dubitare che si volesse specificamente indicare la presenza di una servitù di passaggio, alla quale era difficile d'altro canto pensare poiché si trattava di una lottizzazione di data recente e di previste e costruite strade e passaggi.

Ma se pure si volesse dar per certo che una servitù esistesse, e in tal senso militano alcune testimonianze, ciò a nulla gioverebbe: **la mera esistenza di una servitù non comporta, come è noto, la sua legittimizzazione salvo nel caso di una lunghissima persistenza, con tutte le limitazioni che dottrina e giurisprudenza hanno costruito nel corso dei secoli.** Di tale lunga durata non v'è traccia, né potrebbe esservi data l'età recente della lottizzazione. **Ciò che allora dovrebbe esser provato è l'esistenza di un accordo fra le parti, poiché progetti di lottizzazione e trascrizioni catastali non escludono affatto che le parti possano avere raggiunto o raggiungere altra sistemazione dei luoghi ritenuta più idonea a soddisfare i loro bisogni.** Di tale accordo, che non è possibile presumere ma occorre dimostrare, non sussiste prova giuridicamente apprezzabile. In primo grado l'avv. Selva, in secondo l'ing. Zavatta, entrambi tecnici pur se di diversa competenza, hanno fornito qualche apporto alla tesi

difensiva dei fratelli Zafferani, l'uno ricordando (ma in modo comprensibilmente oscurato dal tempo passato) che l'esistenza della servitù fu menzionata e influì sul prezzo all'atto della stipulazione della vendita alla quale prestò la propria assistenza, mentre l'ing. Zavatta ricorda di aver accennato alla servitù parlando col signor Terenzi: anche in questo caso occorre ripetere quanto già detto, che cioè questo Giudice non pone in dubbio le dichiarazioni dei due testi, entrambi più che noti e più che qualificati, ritiene però che la loro testimonianza a poco o nulla giovi per quanto attiene alla esistenza di un accordo fra le parti Zafferani e i contraenti che via via comprano il lotto oggi Terenzi, ed è proprio su tale accordo, tecnicamente atto costitutivo della servitù, che non pare raggiunta la prova.

Le spese seguono la soccombenza.

### 32.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 19 gennaio 1994, n. 73<sup>55</sup>.

Reffi Alessandro (Avv. ti Alvaro e Alberto Selva, Lorella Stefanelli) : Società Unione Mutuo Soccorso S.U.M.S. (Avv. ti R. Bonelli e G.L. Franciosi); causa n. 111, anno 1990.

#### **Assemblea dei soci – Deliberazione – Nullità e annullabilità.**

*Non è dato rinvenire nello statuto sociale della Sums una norma espressa che vieti all'assemblea dei soci di deliberare in merito a singole questioni. Pertanto nel caso di delibera assembleare di aumento delle pensioni, non si versa in una nullità assoluta, ma in un caso di mera e peraltro discutibile annullabilità.*

---

(omissis)

### 33.

Giudice di Appello per la Conciliazione (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 9 febbraio 1994, n. 20<sup>56</sup>.

Carattoni Giuseppe (Avv. M. Simoncini) : Ghiandoni Maurizio (Avv. G. Giardi); causa n. 29 anno, 1993.

#### **Contestazione della lite – Eccezione di incompetenza del foro – Preclusione.**

---

<sup>55</sup> Riforma la decisione di primo grado del 1 dicembre 1992, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 86. La sentenza di secondo grado è stata annullata con la decisione di terzo grado del 26 settembre 1995, vedi Parte seconda, Sezione I – Decisioni di terzo grado, n. 9.

<sup>56</sup> Conferma il decreto 18 gennaio 1993 del Giudice Conciliatore, inedito.

*L'eccezione declinatoria di incompetenza del giudice non può più essere proposta dopo la contestazione della lite.*

*E' obbligo del magistrato di non ammettere eccezioni tardivamente avanzate e quindi di non dar corso a procedure incidentali che siano manifestamente infondate.*

---

## FATTO E DIRITTO

Con atto del 8 febbraio 1993 il sig. Giuseppe Carattoni ha interposto appello avverso il decreto 18 gennaio 1993 del Sig. Giudice Conciliatore che non accoglieva l'istanza declinatoria del foro prodotta in causa dal suo procuratore, chiedendo, "sentirsi annullare, per i motivi sopra dedotti, il Decreto del Giudice Conciliatore pronunziato il 18 gennaio 1993 e, pertanto, disporre la trasmissione degli atti all'On.le Consiglio dei XII per la decisione di competenza. con vittoria nelle spese di giudizio ed onorari di causa".

Con l'impugnato decreto l'appellante si è visto non accogliere "quanto richiesto dalla procura convenuta con istanza in data 2 dicembre 1992, in quanto l'eccezione di declinatoria del foro non è stata dedotta tempestivamente".

Lamenta l'appellante che "il decreto impugnato appare assolutamente viziato da carenza di incompetenza e di attribuzioni", perché l'esame di ammissibilità dell'eccezione e la fondatezza del merito sono riservati all'autorità dell'Ecc.mo Consiglio dei XII.

Lamenta altresì l'attore che il Giudicante della controversia deve soltanto trasmettere gli atti all'organo competente, che è l'Ecc.mo Consiglio dei XII, ribadendo che l'eccezione è stata dedotta in *limine litis*, prima di ogni altra istanza di difesa e aggiunge che "a questo riscontro doveva limitarsi il giudicante, all'unico fine di spedire il procedimento all'Autorità competente".

Autorizzata la citazione si è costituito l'appellato a mezzo procuratore che nel suo interesse ha dedotto "opporsi all'appello in quanto inammissibile e per domandare all'Ecc.mo Commissario che si pronunci al più presto sull'ammissibilità e la tempestività dell'eccezione di incompetenza e sul conseguente appello".

Per l'appellante il procuratore ha insistito "per l'accoglimento dell'eccezione di incompetenza".

Dagli atti di causa risulta che l'appellante si è costituito personalmente all'udienza di conciliazione fissata con decreto dal Sig. Giudice Conciliatore e in quella sede ha dichiarato "di aver già provveduto al pagamento della somma richiesta dal sig. Ghiandoni Maurizio". Ha pure contestualmente depositato in atti cinque ricevute dalle quali si dovrebbe presumere l'avvenuto pagamento e sei lettere con relativa documentazione.

Ha pertanto eccepito l'appellato che "l'eccezione di incompetenza territoriale è stata proposta tardivamente, e cioè dopo che il convenuto ha contestato le pretese dell'attore". Sostiene dunque che, già nella prima comparsa all'udienza di conciliazione, l'appellante non ha eccepito l'incompetenza territoriale, ma ha posto in essere un comportamento processuale difensivo di opposizione nel merito alla domanda dell'attore appellato.

In materia l'Ecc.mo Consiglio dei XII ha già da tempo affermato una giurisprudenza precisa, ormai consolidata, perché confermata in successive pronunce, che non possono essere trascurate.

E' fondamentale principio in materia di eccezione di incompetenza territoriale, che essa debba essere sollevata *in limine litis*, cioè anteriormente ad altre istanze e difese. Ritiene infatti la giurisprudenza dell'Ecc.mo Consiglio dei XII che con la contestazione della lite si riconosce implicitamente al magistrato adito la pienezza della giurisdizione, manifestando una tacita rinunzia ad ogni impugnativa della stessa (sentenza 15 ottobre 1915, n°.77/1914, nella causa Silvia Braschi contro Giuseppina Malpeli, consultore Avv.Stefano Chierici; sentenza 26 febbraio 1969 causa 161/ 1967 Roveggio Olao, Paccagnella Celso c. s.n. c.Omnia Terapeutica Veneta, consultore Dott.Pier Paolo Casadei Monti). Si deve infatti ritenere che la rinunzia nasca da un fatto positivo, incompatibile con una contraria volontà: una qualsiasi difesa nel merito impugna la domanda dell'attore, deducendo le ragioni sulle quali si fonda ed investe il giudice adito della conoscenza della causa. Tale fatto positivo non è compatibile con la volontà dichiarata di declinare la giurisdizione.

Deve poi anche osservarsi che la competenza per territorio non investe principi o dettami derivanti dall'ordine pubblico e può quindi essere nella disponibilità delle parti, costituendo oggetto di rinunzia.

Pertanto una tale rinunzia, con cui si realizza la decadenza dell'eccezione proposta e con cui si radica la causa avanti al giudice adito, coincide con il momento nel quale in giudizio avviene la contestazione della lite.

A questo proposito si deve ricordare che la *litis contestatio* è un ben individuato momento del rito processuale, anche se le *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* (lib.II, rub.XX, § 227) non richiedono o non fanno dipendere questo momento da particolari formalità.

In autori come il Voet la contestazione della lite è definita così "non aliud est quam intentio actoris et contradictio seu depulsio rei, adeo ut ex actione et opposita peremptoria exceptione consurgat ac comprehendat illud in quo tota controversia consistit" - "altro non è che la domanda dell'attore e la contraddizione del convenuto, cosicché dall'esercizio dell'azione e dall'opposta eccezione perentoria, possa sorgere e delimitare la consistenza della controversia" (Commentariorum, lib.V, tit.1, §.144). Il De Luca sostiene che, tralasciate le antiche solennità, in sostanza si ha "contestazione con la prima protesta, opposizione o altro atto impugnativo fatto dopo la prima citazione al libello o petizione" (Instituta Civile, lib.V, tit.IV, par.23). Infine Torquato Giannini dice poi che la contestazione si può tranquillamente individuare in tutti quei casi con cui "si determini l'oggetto del dibattito e il giudice causam audire incipit" (cfr. T.C.Giannini - F. Viroli, Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, RSM 1967, p.92).

Ogni eccezione del convenuto appellante, che impugni la domanda dell'attore nel merito, pone in essere la contestazione della lite: cioè "il quasi contratto giudiziale si stipula e il terreno della discussione si delimita" (cfr. T.C.Giannini - F. Viroli, Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, RSM 1967, p.92).

Prima della contestazione della lite, cioè *in limine litis*, non possono esser opposte eccezioni perentorie, ma soltanto eccezioni dilatorie e declinatorie.

Tralasciando le declinatorie che - come è altrimenti noto - sono solo quelle già ricordate e che riguardano l'incompetenza e la recusazione, mandate alla competenza dell'Ecc.mo Consiglio dei XII, nel caso di specie sembra più opportuno accentuare la questione se l'eccezione proposta dal convenuto appellante all'udienza di conciliazione, é collocabile tra le eccezioni perentorie, cioè perpetue e che realizzano la *litis contestatio*.

In diritto comune, insegna il de Luca, che le "eccezioni sono dunque di due sorti, una di quelle le quali non feriscono la giustizia e li meriti della causa, ma solamente la giurisdizione e la competenza del giudice, o altre cose le quali riguardino l'ordine del giudizio per impedirne il progresso o la terminazione, e queste si chiamano dilatorie, ovvero declinatorie; l'altra di quelle le quali percuotono li meriti nella causa principale, così che la facciano morire e queste si chiamano perentorie" (Instituta Civile, Lib.IV,tit.VI, par.26).

Accertato così che in diritto comune, opponendo una eccezione perentoria, la causa principale può essere terminata conseguendo presso l'organo giudicante una pronunzia definitiva sulla lite, è inevitabile concludere che, l'eccezione di pagamento, é eccezione perentoria, che investe il merito di causa, instaurando la *litis contestatio* e manifestando la rinunzia alle eccezioni declinatorie sulla giurisdizione del Tribunale adito dall'attore.

Nel comportamento processuale del convenuto appellante, proprio perché ha formulato in sede di conciliazione una siffatta eccezione perentoria, deve ravvisarsi una difesa nel merito di causa che ha investito il giudice della conoscenza della medesima. E tale comportamento, incompatibile con la manifestazione di declinare la giurisdizione, integra la fattispecie della rinunzia all'eccezione precedentemente sollevata, come ha ritenuto il sig. Giudice Conciliatore nell'appellato decreto.

Ritiene però l'appellante che il suddetto decreto è "viziato per carenza di competenza e di attribuzioni" e che l'eccezione declinatoria deve comunque essere mandata alla conoscenza dell'Ecc.mo Consiglio dei XII.

Si devono richiamare principi di economia processuale, riconoscendo in primo luogo che l'eccezione non è stata sollevata *in limine litis*, stante le obbiettive risultanze dell'udienza di conciliazione. Inoltre, alla luce dei principi enunciati dall'Ecc.mo Consiglio dei XII in materia, sarebbe del tutto assurdo ritenere che ogni qual volta una eccezione declinatoria sia stata intempestivamente sollevata, ne discenda anche l'obbligo di sospendere il processo e di rimettere l'incarto all'Ecc.mo Consiglio dei XII, con grave danno per la speditezza dei giudizi. Le eccezioni che sono meramente dilatorie, perchè palesemente intempestive e infondate, non possono essere accolte.

Un tale potere è riconosciuto al Magistrato anche dallo stesso appellante, quando afferma che il Giudice deve eseguire il riscontro se l'eccezione era stata o meno sollevata *in limine litis* - "a questo riscontro doveva limitarsi il giudicante, all'unico fine di spedire il procedimento all'Autorità competente".

Sulla legittimità e fondatezza di un tale preventivo "riscontro" oggi si deve allegare una importante decisione del Consiglio Grande e Generale del 27 maggio 1991, su un ricorso a norma dell'art. 6 della Legge 19 gennaio 1989, n.4, che, facendo proprio il parere dell'Esperto, ha ritenuto come "nel merito la eccezione di illegittimità, anche se non dilatoria, è manifestamente infondata. Come tale non avrebbe dovuto essere ammessa dal Commissario della Legge a tenore dell'art. 3, comma 2, della Legge 19 gennaio 1989, n.4, norma questa, peraltro, ancora una volta disattesa, con fallace ed erronea motivazione ("la suddetta eccezione non è di competenza di questo Magistrato"), dallo stesso Commissario della Legge, che aveva il potere-dovere di applicarla, evitando così il vano ed inutile prolungamento del giudizio".

Il caso, al di là della individuazione del fondamento positivo in una precisa norma della attività processuale del Magistrato, è del tutto analogo a quello proposto dall'appellante. Una volta che si è dato atto che l'eccezione declinatoria non è stata proposta *in limine litis*, ma è stata tardivamente avanzata, alla luce della allegata giurisprudenza, é da

ritenersi del tutto infondata. Si deve poi anche aggiungere che in questo caso é da ritenersi anche dilatoria dal punto di vista processuale.

Il principio accolto nella allegata decisione del Consiglio Grande e Generale fa dunque obbligo al Magistrato di non ammettere tali eccezioni e quindi di non dar corso a procedure incidentali che siano manifestamente infondate. Per essere stato pronunziato da una delle supreme Magistrature dello Stato è da ritenersi una affermazione che non può essere disattesa, ma obbliga il Magistrato ad applicarla, perlomeno come principio generale, non consentendo di dar corso ad istanze che sono soltanto dilatorie.

Si ritiene infine che per la novità del caso in questione le spese ed onorari del presente giudizio devono essere compensati tra le parti in causa, in attuazione del § 273 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, laddove dispone “nisi tamen ipse victus legitimam litigandi causam habuerit” - “se però esso vinto non abbia avuto una legittima causa di litigare”.

### 34.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 23 maggio 1994, n. 126<sup>57</sup>.

Olei Alberto e Zanotti Ornella (Avv. L. Baccocchi) : S.A. Silsa (Avv. R. Monelli), S.A. Camif (Avv. M. Nicolini) – Causa n. 142, anno 1989.

#### **Vendita – Clausola risolutiva espressa – Validità.**

*La clausola risolutiva espressa è valida, costituendo un patto fra le parti preventivamente convenuto ed accettato.*

---

### FATTO E DIRITTO

Giunge al termine naturale una vertenza che già in primo grado aveva manifestato i suoi limiti, sicchè ne è possibile narrazione breve e brevissima.

Gli appellanti stipularono con l'appellata S.A. Silsa una promessa di vendita, se si preferisce una vendita sub conditione risolutiva, relativa ad un appezzamento di terreno sul quale edificare un capannone industriale. La possibilità di edificazione era garantita da un lato e negata dall'altro da una convenzione fra la venditrice e l'Eccellentissima Camera: quest'ultima aveva concessa l'edificabilità ma vincolandola a precisi termini cornologici che, al momento della stipula della promessa di vendita, erano già scaduti. Non è il primo caso che si presenta in giurisprudenza, nei termini del diritto dei codici si direbbe trattarsi di contratto aleatorio, ove si compra evidentemente a prezzo minore perché si sconta un rischio, quello del non avverarsi dell'effetto sperato. In realtà alla promessa di vendita era allegata la convenzione, e bastava leggerla per rendersi conto che i termini erano scaduti, ma ciò non basta, se l'effettiva costruzione e l'effettivo

---

<sup>57</sup> Conferma la decisione di primo grado del 17 agosto 1992, vedi Parte Seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 74.

pagamento erano dilazionati nel tempo, sicchè il compratore avesse tutto il tempo necessario ad accertare se poteva ottenere dalla C.T.E. o dal Congresso di Stato, ognuno per quanto di sua competenza, congrua dilazione e dopo, solo dopo, tale accertamento, dare via libera alla redazione del progetto esecutivo. Ma ciò ancora non basta, chè il compratore, cittadino italiano, poneva in essere un acquisto inefficace date le norme vigenti in questa Repubblica e anche su tal punto avrebbe dovuto ottenere le richieste autorizzazioni e pagare la relativa tassa oggi abolita. Di quest'ultima condizione era si suppone informato il compratore signor Olei, che avendo una moglie sammarinese e si suppone ancora o di nuovo cittadina, comprava per persona da nominarsi. Di quest'intrico dava ragione, se si vuole, la circostanza che ad opera dell'avv. Bonelli veniva posto in deposito un libretto al portatore della somma di lire 100.000.000= la cui sorte era legata al buon effetto del contratto posto in essere. E' difficile accertare se e chi abbia ingannato l'altro, dagli atti di causa ai quali in modo esclusivo deve attenersi il giudice non si desume la presenza di alcun imbroglio, i testi se attentamente letti consentono, consentivano, a entrambe le parti di perseguire il proprio interesse, e infatti alla reiezione del progetto di fabbricazione da parte della C.T.E. non seguì alcuna rimostranza, il libretto al portatore uscì dallo stato di deposito e fu consegnato al destinatario, pare che la Silsa abbia ceduto ad altri che stipularono nuova convenzione con lo Stato, seguì nuovo progetto e, pare, addirittura nuova costruzione. Solo in un secondo momento, quando la vicenda sembrava già chiusa pacificamente, e la Silsa per altri motivi era in stato di decozione, l'ing. Ferri al quale si doveva il progetto bocciato dalla C.T.E. presentava prima un progetto di parcella per il lavoro effettuato, poi una parcella "esatta" al signor Olei chiedendone il pagamento, e il signor Olei chiamò in giudizio la Silsa per esserne garantito. Con Sentenza di primo grado è stata già prolissamente spiegata la natura del contratto di vendita nel diritto comune, è stato spiegato che nessun tipo di responsabilità sembra configurabile nei confronti della Silsa ora Camif, né per altro tale responsabilità si trova in alcun modo dimostrata nell'attività probatoria seguita in questa fase del processo. Se la buona fede iniziale non appare contestabile, chi fornisce ogni documentazione non è colpevole se il controinteressato non la legga e non ne tragga le dovute conclusioni, né per non aver esperito alcun ricorso avverso la decisione negativa della C.T.E. dato che non v'è traccia di una notifica entro i termini dell'Olei alla Silsa di tale decisione accompagnata dall'invito a provvedere: viceversa potrebbe identificarsi ma non vi è stata sul punto alcuna discussione una responsabilità dell'Olei che non si è preoccupato di inserire la parcella fra i debiti della Silsa, e non si è neppure curato di valutarne l'importo convinto, evidentemente, di poterne scaricare il costo sulla controparte, se si è costretti a notare che solo in udienza l'ing. Ferri di sua iniziativa ha avvertito che la parcella era erronea per eccesso e ne ha redatta altra di minore importo. Sembra probabile che in tutta la vicenda vi sia una razionalità, come suole avvenire in ogni controversia fra uomini, che il rapporto instaurato avesse una interna ragionevolezza, e non sia giunto a buon fine per motivi che è disagevole comprendere, rientra nei diritti delle parti scegliere una linea difensiva e allegare solo le prove che ritengono utili e pertinenti: ne deriva che allo stato degli atti questo Giudice null'altro possa fare se non confermare in toto la Sentenza impugnata. Le spese seguono la soccombenza.



Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 23 maggio 1994, n. 125<sup>58</sup>.

Toccaceli Roberto (Avv. P.L. Bacciocchi) : Toccaceli Primo (Avv. G.M. Marcucci) e Broccoli Aroldo (Avv. L. Bacciocchi) – Causa n. 165, anno 1990.

**Proprietà – Immobile di proprietà comune pro indiviso – Vendita di quota della proprietà – Diritto di prelazione del comproprietario – Sussistenza.**

*Il fratello è titolare del diritto di prelazione rispetto alla quota parte del bene immobile posseduti pro indiviso, che il fratello comproprietario intende alienare.*

---

(omissis)

**36.**

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 6 giugno 1994, n. 135<sup>59</sup>.

Tommasoni Lino (Avv. M. Simoncini) : Leardini Alfio, Salvatore, Palmiro (Avv. P.L. Bacciocchi); causa n. 113, anno 1990.

**Contratto di locazione di azienda – Sublocazione – Sfratto.**

*Nel regime del diritto comune rientra nell'officium iudicis, il potere del giudice, fermo restando il petitum, di diversamente motivare la sua decisione rispetto alle richieste delle parti.*

---

**FATTO**

Fra le parti è intercorso un contratto, che la Sentenza di primo grado giustamente qualifica come contratto di locazione d'azienda, del quale i locatori hanno chiesto, con atto di citazione depositato il 14 settembre 1990, la cessazione. Si dice, qui, cessazione poiché sulla natura della richiesta iniziale, cioè del petitum ha finito col radicarsi il problema in questa sede. Al termine del procedimento di primo grado S.S. il Commissario della Legge pronunciava Sentenza con la quale accogliendo in toto l'istanza attrice pronunciava lo sfratto esecutivo per finita locazione, condannava il Tomassoni al pagamento di un risarcimento danni liquidato, in via equitativa, in 20

---

<sup>58</sup> Riforma la decisione di primo grado del 18 settembre 1991, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 47. La sentenza di secondo grado è stata confermata con la decisione di terzo grado del 26 settembre 1995, vedi Parte seconda, Sezione prima – Decisioni di terzo grado, n. 8.

<sup>59</sup> Riforma la decisione di primo grado del 23 settembre 1992, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 80.

milioni, lo condannava inoltre al pagamento di spese e onorari di giudizio che liquidava contestualmente nella somma di lire 8.000.000=.

La Sentenza veniva ritualmente impugnata, si costituivano i signori Leardini, non si faceva luogo a produzione di documenti o ad acquisizione di testi, le parti concludevano.

### DIRITTO

Sin dall'inizio la vertenza ha giocato sul terreno della eleganza contrattuale, probabilmente la giovane età dei difensori e la mancanza di animosità fra le parti ha impennato la discussione più sulle figure giuridiche che sui facta, pur se dei facta si sia parlato, ne ha parlato un unus testis, ne hanno parlato nel corso di un contraddittorio le parti stesse, qualche documento è stato allegato, ma nota centrale (ed è da segnalarsi con estremo favore) è stata la discussione strettamente giuridica, forse non proporzionata alla mole economica del caso ma sempre benvenuta.

Assume, dunque, l'impugnazione, che la Sentenza sarebbe da riformare per i seguenti motivi:

- 1) il giudice di primo grado sarebbe andato ultra petitum, in quanto avrebbe sostituito "il fatto costitutivo" del petitum con uno diverso: nel caso di specie gli appellati hanno a suo tempo chiesto lo sfratto per fatto e colpa del Tomassoni, e quindi per inadempimento;
- 2) da tale variazione della ratio sarebbe dovuto derivare al massimo una compensazione delle spese, non certo la condanna del Tomassoni al pagamento di esse;
- 3) ancor meno giustificata, in tale contesto, la condanna dell'allora convenuto e ora appellante al pagamento di un risarcimento "dei danni patiti dagli attori per non avere il Tomassoni spontaneamente riconsegnato l'azienda" risolvendolo, in via equitativa, nella somma di lire 20 milioni. Questa e altre censure che per brevità si omettono, conducevano la difesa appellante a chiedere la riforma dell'impugnata Sentenza per ottenere:
  - 1) l'esonero del Tomassoni dal pagamento del risarcimento dei danni;
  - 2) la compensazione di spese e onorari per ciò che attiene al primo grado, e la condanna degli appellati a spese e onorari di questa fase del giudizio.

Occorre qui fare alcune considerazioni:

- A) **nel regime del diritto comune è pacifico che, fermo restando il petitum, il giudice possa diversamente motivare la sua decisione rispetto alle richieste delle parti. E' potere che rientra nell'officium judicis, è consono alla massima ottimistica per la quale jura novit curia, è in fondo la conseguenza dell'età recente dell'obbligo di motivazione.** Si vuol dire che petitum è lo sfratto del Tomassoni, le causali di esso possono anche variare, e che possano variare non è che la conseguenza della lunga durata dei processi, variamente avversata dai legislatori ma, pare, inestirpabile dalla prassi forense, almeno sino a integrale riforma dell'ordinamento giudiziario. Se il processo dura alcuni mesi o anni, è certamente probabile che si verifichi la possibilità di sfratto per finita locazione, più semplice da ottenersi in quanto non bisognosa di motivazione salvo che leggi vincolistiche la impongano (la c.d. giusta causa), sempre possibile allorché l'animus dell'istante sia chiaro e il decorso del tempo sia verificabile. Nel caso di specie non pare dubitabile che i signori Leardini volessero la

liberazione dal vincolo contrattuale, che ciò avvenisse per colpa del conduttore o per altro motivo è irrilevante ai fini dello sfratto pur se rilevante ad altri fini, accessori ma non essenziali;

- B) tra gli altri fini deve poi esser collocata la questione del risarcimento del danno: che danno vi sia stato, e danno risarcibile, è quanto meno dubbio: infatti nessun danno arreca ad altri qui utitur jure suo, e che il Tomassoni avesse legittimo motivo di resistere è ammesso dalla stessa Sentenza che esclude la illiceità della sublocazione di azienda, sublocazione che non si è poi nei fatti verificata e che risulterebbe dalla testimonianza dell'unus testis. Il Tomassoni ha regolarmente pagato il canone, lo ha aggiornato secondo gli indici ISTAT, ha addirittura pagato in anticipo sicchè si è trovato creditore dei suoi creditori per una rata di canone corrispondente a periodo nel quale aveva già abbandonato i locali. Della natura del danno e delle sue dimensioni poi non si è in alcun modo parlato nel corso del procedimento di primo grado, non si è offerto nessuno strumento di prova, sicchè è su base intuitiva più che su base razionale (lo denuncia anche l'ammontare del danno liquidato...) che il Commissario della Legge ha accolto la richiesta degli attori e lo ha liquidato; ciò vuol dire che, in mancanza d'altro, sulla base della sola mancanza di ogni e qualsiasi contraddittorio sul punto la Sentenza merita la richiesta censura;
- C) lo stesso è a dirsi per le spese: quelle di primo grado sono sicuramente da compensarsi. Il Tomassoni ha resistito ad una richiesta non legittima, ha condotto la causa in modo abbastanza evidentemente mirante al raggiungimento di una soluzione transattiva, non ha neppure impugnato la clausola di provvisoria esecuzione mediante gravame per ottenere un rinvio, come pure suole avvenire; dall'altra parte in sede di contraddittorio non sono pervenute apprezzabili censure al suo operato se non quella di avere ommesso di comunicare che stava sperando una società di fatto alla quale avrebbe in prosieguo ceduto il suo contratto (dalla deposizione resa il 12/9/1991 dal signor Alfio Leardini: "posso rispondere affermativamente tanto che lo abbiamo sempre trattato come un fratello, gli contestiamo solo che ha formulato questa scrittura senza averci avvisato.", non si vede in che cosa sia soccombente. Se lo sfratto è per finita locazione non si vede, infatti, in che cosa il Tomassoni lo abbia ritardato e perché, di conseguenza, debba pagare le spese processuali per un processo che egli stesso non ha causato.

In secondo grado il problema è diverso, le spese seguono la soccombenza, e debbono pertanto essere poste a carico dei soccombenti, gli appellati signori Leardini.

### 37.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 23 giugno 1994, n. 133<sup>60</sup>.

S.p.a. Assicurazioni Generali (avv. G. Lonfernini e G.L. Berti) : Procedura di liquidazione dei beni di Ridolfi Rosanna Ved. Bonelli (Avv. G.M. Marcucci) – Causa n. 247, anno 1985.

---

<sup>60</sup> Conferma la decisione di primo grado 19 ottobre 1992, inedita.

**Perizia d'ufficio – Vincolabilità per il giudice – Esclusione.**

*Il referto del perito d'ufficio, per il principio di diritto comune iudex peritus peritorum non è in nulla vincolante per il magistrato, se non in quanto le affermazioni del perito riescano a dare una spiegazione corretta e linguisticamente comprensibile della realtà indagata.*

---

**FATTO E DIRITTO**

La controversia, in atti intricata, è di per sé semplice: in data 19 ottobre 1984 decedeva il signor G.B. Bonelli; la vedova signora Rosanna Ridolfi cedeva ai creditori del defunto i suoi beni, fra i quali l'indennizzo spettante quale beneficiaria delle polizze n. 36318845, n. 75287810, n. 3590254, n. 3769211, stipulate in vita dal marito con la S.p.A. Assicurazioni Generali; ne risultavano due distinte vertenze, l'una in Italia e l'altra in questa Repubblica, fra le stesse parti, rectius fra parti diverse chè in Italia era parte anche la signora Ridolfi, aventi lo stesso oggetto, l'essere o no tenuta la Assicurazioni Generali a pagare il premio pattuito. In Italia, forse anche perché in origine s'era costituita la signora Ridolfi, si è posto il problema della tutela dei diritti del figlio minore dei coniugi Bonelli e Ridolfi, mentre in questa Repubblica, e forse anche per effetto di provvedimenti tutelari che non risultano agli atti, di ciò non si è trattato se non in via laterale.

Apertosi, dunque, ad istanza della Procedura attrice, il procedimento mirante ad ottenere che la S.p.A. Assicurazioni Generali provvedesse a liquidare i premi pattuiti, e resistendo la predetta Compagnia, si assumevano testi, si acquisivano gli atti del procedimento penale mirante ad accertare se il defunto G.B. Bonelli fosse morto per suicidio, per incidente, per opera altrui, si esperiva una perizia nella quale il C.T.U. concludeva escludendo l'ipotesi del suicidio, si perveniva alla Sentenza con la quale in data 19/10/1992 il Commissario della Legge faceva propria l'istanza attrice e condannava la predetta società al versamento delle somme pattuite, con la rivalutazione, gli interessi legali, le spese processuali, e via di seguito, sempre tacendo – come s'è detto – ogni riferimento alla circostanza che delle polizze in questione era erede, era anche erede, il figlio minore dei coniugi Ridolfi-Bonelli. Non è questa la sede per sviscerare la sorte che avrà la presente Sentenza, se essa potrà o non potrà avere esecuzione alla luce della Convenzione fra le due Repubbliche, di ciò si avrà modo di parlare in sede, appunto, di esecuzione: è, invece, doveroso, e nei riguardi del minore erede e nei riguardi dell'officium iudicis che in quanto tale è dovere non diritto, prendere provvedimenti, generali e non specifici per non invadere altrui competenze, che tutelino appunto l'erede minorenni, e di ciò si parlerà nella parte dispositiva.

La Sentenza de qua era ritualmente impugnata, vediamo i capi di impugnazione:

- 1) gli accertamenti peritali d'ufficio nel procedimento penale... hanno concluso per il suicidio, che rappresenta elemento di accertamento non contestato e accolto dal Giudice Inquirente;
- 2) le conclusioni del C.T.U. sono contraddittorie "per cui si giustifica un nuovo e più profondo giudizio peritale". E', inoltre, da escludersi che la perizia abbia carattere vincolante per il giudice;

- 3) tutti gli elementi acquisiti concordano nel confermare l'ipotesi del suicidio del Bonelli;
- 4) non si è distinta, comunque, la posizione del minore;
- 5) sarebbe stato disatteso il principio nominalistico;
- 6) non si sarebbe tenuto conto che il pagamento della rata relativa ad una delle polizze pervenne oltre il termine di tolleranza.

Come d'uso si sommano rilievi di peso ad altri ininfluenti: la Sentenza impugnata merita censura sul piano formale, e la censura sarà specificata nella comparsa conclusionale, ciò che non basta evidentemente a considerarla ingiusta e, quindi, reformanda, o a considerare necessariamente privo di fondamento il dispositivo che è la parte ovviamente più interessante per le parti. Censura sul piano formale equivale a dire che il testo, all'apparenza voluminoso, è in realtà la risultante della somma di una perizia, quella redatta dal C.T.U. e puntualmente trascritta, e di un parere del prof. Crescenzi relativo a un ricorso rivolto al Consiglio dei XII. Quest'ultimo testo, con un'interpretazione assai discutibile che è da far risalire ad altro parere, opera quest'ultimo del prof. Caprioli, ritiene che allorché il giudice (e nell'altro caso il Consiglio dei XII) abbia provveduto a designare il perito si sia con ciò stesso spogliato di ogni potere, sia privo della possibilità di valutare la perizia ed evidentemente disattenderla. Poiché ai pareri accolti dal Consiglio dei XII si suole dare in questa Repubblica particolare valore, sarà bene ricordare che analogo parere, quello già citato del prof. Caprioli, fu in sostanza disatteso dal Consiglio dei XII che non deliberò, nominò altro consulente, e ottenuto il parere di questi egualmente non deliberò. Ciò giova per dire che **questo Giudice non si ritiene in nulla vincolato dalle affermazioni del perito se non in quanto tali affermazioni riescano a dare una spiegazione logicamente corretta e linguisticamente comprensibile della realtà indagata.**

Venendo ora a più analitico esame delle doglianze:

sub 1): la perizia medico-legale ampiamente ha trattato di quell'esame già qualificato come indagine e compiuto dal chirurgo primario dell'Ospedale di questa Repubblica. Pare inutile ricordare che si trattava di procedimento penale, conclusosi con l'archiviazione, che ha per evidente fine quello di accertare l'esistenza di eventuali responsabilità di terzi (aggressori, medici incapaci o distratti, etc.), e per ciò poteva essere più che bastevole l'analisi fatta da un non specialista. E' peraltro a rilevarsi l'estrema cautela con la quale il dottor Serra ha concluso il suo dire "Le modalità delle lesioni sono quelle di un colpo di arma da fuoco sparato a breve distanza dall'addome, in regione epigastrica, con decorso antero-posteriore, con lieve inclinazione dall'alto al basso e verso sinistra.

Da quanto sopra esposto, avendo presente la lesione, preso conoscenza degli atti relativi al fascicolo d'Ufficio, circa la dinamica, si può presumere che ci sia stata volontarietà nell'esplosione del colpo."

Si può presumere, nel linguaggio di un tecnico, è espressione che lascia qualche dubbio, il dottor Serra non ha affermato il suicidio ma la possibilità di ritenere che il colpo d'arma non sia stato incidentale;

sub 2): è da rilevarsi che l'affermazione sull'opportunità di nuova perizia non è stata seguita da alcuna iniziativa in tal senso; per la non vincolatività dei risultati peritali, per la necessità di una critica valutazione di essi, vedasi ciò che si è scritto in una delle pagine precedenti;

sub 3): il problema è più ampio, da una parte vi sono gli elementi acquisiti, dall'altra la dizione usata nelle polizze. Gli elementi acquisiti, e sul punto la perizia del prof. Ricci sembra del tutto chiara ed esauriente, sono stati tutti raccolti con la lente deformante del pregiudizio: il Bonelli aveva problemi economici, già in passato aveva assunto medicinali pur se in misura non sufficiente a fargli concludere l'esistenza, il Bonelli mormora qualcosa e chi lo ascolta suppone che voglia spiegare l'accaduto in chiave di suicidio, con la volontà di porre fine alla vita. La volontà suicida dagli elementi acquisiti non risulta affatto provata, e neppure il confronto scontro fra i periti in sede di udienza consente di affermarla con qualche certezza: il perito Fornari, infatti, nella sua autorevolezza ricorda un solo caso di suicidio commesso con la stessa tecnica, sia per ciò che riguarda la sede ove dirigere il colpo sia per ciò che concerne la direzione del colpo medesimo, ma ha buon gioco il C.T.U. a ricordare che trattasi di caso del tutto diverso. Ma, dato e non concesso che di caso identico si trattasse, per una scienza come la medicina che sembra procedere su dati statistici, basta un caso solo a inaugurare una serie e a fornir solida base per un sicuro giudizio? Non può peraltro ignorarsi che i due periti in contrasto sono due illustri accademici, adusi per abito professionale a leggere casistica italiana e straniera, se l'unicità del caso e la sua diversità da ogni altro sembrano attestare non dovrà destare almeno qualche dubbio che proprio in quel giorno e in quel luogo qualcuno abbia tentato di aprire una via nuova al suicidio? Il Bonelli nel precedente verbale dell'ospedale è detto operaio, non sappiamo che tipo di cultura avesse poiché negli atti non se ne trova notizia, ma quale che essa sia, e non è certo cultura di medico specialista in medicina legale, è logicamente possibile che supponesse certa e rapida la morte sparandosi al ventre anziché, se la morte proprio voleva, dirigere il tiro verso la testa o verso il cuore, come avviene in tutti i films, i fumetti, i romanzi gialli, i resoconti giornalistici?

sub 4): già si è detto sopra per ciò che concerne il minore, è certo questo almeno all'apparenza un difetto della sentenza impugnata, questo Giudice condivide l'interesse che la difesa della S.p.A. Assicurazioni Generali manifesta per la tutela degli interessi del minore se lesi dalla vicenda processuale e non tutelati altrove, ma mentre deve osservare che nel corso del procedimento pure questa pista indicata nei motivi di appello non è stata poi seguita, ricorda che è possibile evitare ogni pericolo con apposita decisione posta nel dispostivo;

sub 5): la censura sul punto della rivalutazione appare da accogliersi: il principio nominalistico è stato sostenuto come una sacra bandiera dalla giurisprudenza di entrambe le Repubbliche per lunghi e lunghissimi anni, poi via via abbandonato man mano che le vicende dell'inflazione ne rendevano manifesta l'insostenibilità e la palese ingiustizia. Nel caso di specie pare accoglibile l'ipotesi che si tratti di debito di valuta e pertanto non suscettibile di rivalutazione;

sub 6): come opportunamente rileva la comparsa conclusionale della parte appellata, **il ritardo nel pagamento della rata scaduta di circa 45 giorni, non poteva comportare la decadenza della polizza n.3590254, per l'ovvio motivo che il contratto posto in essere con la citata polizza aveva inizio il 14.12.1980 e termine il 14.12.1990, se ne deduce che si tratta di contratto di durata e che per porlo nel nulla occorresse la disdetta, che non pare sia intervenuta. Il termine di tolleranza, infine, pare più idoneo a prefissare una data di decorso degli interessi per chi lo superasse, che a sospendere o annullare gli effetti del contratto cui si riferisce: si tratterebbe, nel caso opposto, di clausola leonina o vessatoria, in quanto tale da considerarsi nulla.**

Venendo a conclusione: che la si voglia considerare vincolante o no, la perizia Ricci è a parere dello scrivente l'unica che ricostruisca in modo lineare, rispettosa dei particolari e tesa a porli in una visione generale che ne chiarisca limiti e portata, l'intera vicenda, che consenta all'interprete non frettoloso di farsi un'idea nitida delle motivazioni del Bonelli, pur non escludendo si sia trattato di caso fortuito, dato che non risulta che il defunto fosse un esperto di armi da fuoco. Dall'alternativa fra incidente e tentativo di lesioni a scopo dimostrativo non pare si possa uscire, ma le lesioni a scopo dimostrativo (ipotesi preferita fra quelle enunciate dal prof. Ricci), non integra in alcun modo l'ipotesi del suicidio, anche se la morte sia poi sopravvenuta, poiché manca del tutto la volontà di uccidersi (per un'interessante analisi del termine, cfr. G. Nencioni, in *La crusca per voi*, n.8, Aprile 1994, n. 9).

### 38.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 22 agosto 1994, n. 181<sup>61</sup>.

Burioni Pietro, Salvatori Pasquale, S.p.a. Aurora Assicurazioni (Avv. R. Bonelli) : Pasolini Adele, Garnaroli Luciano, Gian Luigi e Marco (Avv. G.L. Berti) - causa n. 403, anno 1988.

#### **Responsabilità civile aquiliana “ex quasi delicto” – Danno – Risarcimento.**

*In caso di responsabilità aquiliana, tutti i congiunti, danneggiati dalla morte dell'ucciso, da delitto o quasi delitto, sono ammessi contemporaneamente a pretendere il risarcimento, non a titolo di eredità, ma “jure proprio”.*

### FATTO

In un incidente stradale verificatosi il 20 ottobre 1987 perdeva la vita il signor Marcello Garnaroli in età di 17 anni. I due procedimenti penali susseguitsi accertavano e confermavano, escludendo “il concorso di colpa penalmente rilevante della persona offesa”, che la responsabilità dell'evento gravasse sul signor Burioni, che era alla guida dell'autocarro investitore e, per conseguenza del signor Pasquale Salvatori che dell'automezzo era proprietario e della s.p.a. Aurora Assicurazioni presso la quale il signor Salvatori aveva stipulato apposita polizza.

Il processo civile di primo grado non aveva quindi come oggetto la misura di responsabilità gravante sugli attuali appellanti ma solo il quantum da risarcire ai danneggiati, ma per scrupolo venne egualmente ascoltata una teste, già escussa nel procedimento penale, che poco o nulla aggiunse al già conosciuto.

Con Sentenza in data 1 luglio 1992 S.S. il Commissario della Legge condannava pertanto gli attuali appellanti al pagamento di somme di cui oltre, al rimborso di spese, alla liquidazione degli onorari di difesa.

---

<sup>61</sup> Conferma la decisione di primo grado 1 luglio 1992.

La Sentenza veniva ritualmente impugnata e si addiveniva alla fase d'appello nel corso della quale non venivano proposte nuove prove, ma chiesto un riesame del quantum che agli appellanti appare fuor di proporzione.

### DIRITTO

Il problema del quantum risarcibile nei casi di infortunistica stradale è fra i più incerti, non solo perché i legislatori sono stati presi alla sprovvista dal grande incremento della motorizzazione e dei rischi ad essa connessi, ma anche perché la giurisprudenza e non solo quella di questa Repubblica ha manifestato dubbi, ha seguito strade diverse secondo la sensibilità degli interpreti, ha oscillato fra rigore e larghezza nel tentativo di adeguare il risarcimento ad una realtà la cui interpretazione si rivela ogni volta ingannevole. Posta come premessa l'ovvia considerazione che nessuno accetterebbe di perdere una gamba per l'importo normalmente liquidato in questi casi, non si può neppure dimenticare che da un lato non mancano gli incidenti simulati o provocati, d'altro lato le polizze di assicurazione sono stipulate proprio per scaricare su altri, che professionalmente si accollano il rischio, gli oneri dell'imprevisto in quanto tali mai esattamente prevedibili.

E' anche di comune notizia che il settore r.c. è, salva qualche rara eccezione, settore passivo nei conti delle società assicuratrici, ciò che dimostra meglio di ogni lungo discorso come tutto il discorso debba essere attentamente valutato.

E' merito del Commissario Peruzzi avere cominciato a dare una risposta ad alcuni dei quesiti, l'adozione del testo di R. Luvoni, F. Mangili, L. Bernardi, ... ha posto, se generalizzata, una ipotesi di soluzione, almeno per ciò che concerne il danno patrimoniale, e di soluzione predeterminata e generale, tale da poter garantire la generalità ed astrattezza che si richiedono dalle norme, quali che esse siano. Ciò detto, occorre però avvertire che, come già detto in altre Sentenze, questo Giudice ritiene che il testo citato sia difficilmente utilizzabile perché le fonti statistiche sul quale è basato manifestano i segni delle ingiurie del tempo, esse si rifanno ad una realtà che negli ultimi trenta anni è radicalmente cambiata. Il livello di vita media si è, infatti, drasticamente alzato, il benessere accresciuto e la presenza di assicurazioni sociali pur se di dubbia esauriente effettività sostituiscono al livello minimo il bisogno di indennizzo, sicché quest'ultimo potrebbe in sostanza ridursi al plus, alla maggior rendita rispetto a quella garantita dai servizi pubblici ritenuta necessaria per superare la soglia della povertà. Ancor più il tempo ha reso obsolete le vecchie tabelle ove si tenga presente la radice ideologica di esse, la famiglia contadina ove ai figli può attribuirsi natura di patrimonio, almeno secondo l'id quod plerumque accidit, ciò che nei tempi odierni a stento potrebbe sostenersi. Né ciò basta, nello sforzo senza dubbio generoso di quantificare il danno patrimoniale si sono sommate due fattispecie fra le quali non è agevole identificare comunanza di ratio, quella della vittima che sopravvive all'incidente ma riportando lesioni che ridurranno o escluderanno la sua attività professionale, e quella della vittima che scompare, sostituita se così può dirsi da una indennità a carattere risarcitorio.

Si tratta di problemi sui quale si attende un chiarificante intervento del legislatore, ed è attesa ormai lunga in tutti i paesi europei.

Delle difficoltà si ha chiara visione nel caso di specie: la vittima aveva 17 anni, era studente, saltuariamente faceva il cameriere in un ristorante. Se occorre andare per presunzioni e ipotesi come fare a supporre che in futuro il suo reddito sarebbe stato quello attuale moltiplicato per 12, e non il più alto reddito che un più gratificante lavoro



gli avrebbe garantito una volta terminati gli studi? E come fare a supporre che avrebbe aiutato la famiglia di origine, a supporre che tale famiglia ne avrebbe avuto bisogno, e per quanti anni, dato che è di comune esperienza che i genitori muoiono molto prima dei figli, che i fratelli di solito lavorano pur essi, e tenendo conto che la famiglia (lo ammette anche la difesa dei Garnaroli) è benestante?

Queste e consimili perplessità sono certo rinfocolate ma non spente dalle censure che la difesa appellante ha mosso alla Sentenza impugnata che, peraltro, poco si discosta da una prassi giurisprudenziale ormai invalsa. Si elencano tali censure, provando a dare ad esse risposta:

- 1) la liquidazione del danno morale a genitori e fratelli della vittima è di entità “fra le più elevate fra quelle attualmente adottate in casi simili, si deve di conseguenza riconoscere che l’applicazione di interessi e rivalutazione rende l’importo definitivo eccessivo”; il rilievo è almeno in parte accettabile, la Sentenza liquida il danno morale a valori correnti nel momento della liquidazione, la rivalutazione potrebbe, al massimo essere riconosciuta dal momento della sentenza medesima. E’ anche di comune esperienza che il ricorso a danni di svalutazione sommati a interessi ha avuto corso in anni pregressi, allorchè l’inflazione correva a due cifre, forse ha poco senso per gli ultimissimi anni ove il ritmo inflattivo si è di molto rallentato;
- 2) “in tema di liquidazione del danno materiale non sembra che la sentenza abbia tenuto conto che il risarcimento compete agli eredi per un titolo diverso da quello a cui spetterebbe al diretto infortunato”: qui riaffiora il dubbio già enunciato sopra e per il quale vedi oltre;
- 3) è stato riconosciuto un danno patrimoniale a tutti i diretti familiari “pur in assenza di prove che la vittima contribuisse al loro mantenimento ed in contrasto con le ordinarie consuetudini familiari e sociali”: il rilievo merita accoglimento, che la giovane vittima concorresse con il modestissimo reddito al mantenimento della famiglia è più *presumptio juris* che effettiva prova;
- 4) la sentenza rapporta ad anno il reddito della giovane vittima non ostante si trattasse di “pochi e saltuari proventi mensili”: anche in questo caso non si saprebbe dare torto alla difesa appellante, i lavori saltuari come l’occupazione in un ristorante nei mesi della stagione estiva non appare suscettibile di essere tratto ad *consequentiam*, il giovane studiava ed è quanto meno dubbio che intendesse negli anni posteriori alla fine degli studi fare il cameriere, è probabile che avrebbe cercato impiego più lucroso e più consono agli studi fatti che, peraltro, non si sa quali fossero;
- 5) “resta inverosimile che il giovane Garnaroli provvedesse seppur parzialmente alla sussistenza dei familiari, e in specie del padre in USA, ove, pare, gode di un buon reddito”: si è già in parte risposto, adesivamente al rilievo;
- 6) “resta altresì inverosimile che il giovane Garnaroli potesse accollarsi a tempo indeterminato la sussistenza economica dei genitori, oltretutto sicuramente muniti di congrua pensione, conformemente al sistema in vigore nella Repubblica”: anche su questo punto già si è detto e più si dirà oltre;
- 7) “la sentenza non tiene neppure conto che l’eventuale contributo del giovane Garnaroli alla famiglia d’origine non si sarebbe protratto sicuramente per l’intera durata della sua vita”: anche su questo punto già si sono sollevati dubbi nelle pagine precedenti.

Venendo ora a conclusione: con una serie di buone ragioni, in larga parte condivise da questo Giudice, il risarcimento del danno da infortunio stradale ha subito dilatazioni non previste da alcuno, gli avvocati che alternativamente si trovano a difendere vittime di infortuni e compagnie di assicurazione sono ancor meglio dei giudici idonei a cogliere l'insieme di contraddizioni nelle quali si svolge il lavoro della giurisprudenza. Poiché la deprecazione inutile e lo scetticismo esistenziale sono entrambi di scarso ausilio a risolvere, a provar di risolvere, qualcuno almeno dei problemi, poche righe potranno essere utili, da esse dovrà farsi discendere la decisione:

- a) **sussiste una tradizione giurisprudenziale, se si vuole un po' sbilanciata dalla quale si può recedere, in questa Repubblica non è obbligatorio stare decisis, ma nel mondo della giurisprudenza le variazioni debbono essere lente e graduali, poiché il cambiamento di rotta urta contro le aspettative del popolo che è abituato a determinati schemi di vita e di comportamento anche da parte degli organi pubblici.**
- b) **Mentre si attenua il danno economico per la presenza di una serie di assicurazioni sociali assume improvviso rilievo il danno alla vita di relazione, quella serie di inibizioni che ogni mutilazione suole condurre con se, che non sempre si tradicono anche in un danno economico: se la gamba della ballerina dovrebbe essere perfetta lo stesso non può dirsi per la segretaria d'azienda, per l'insegnante, mestieri ove per solito i requisiti estetici non sono determinanti, la caviglia di un calciatore non è che formalmente eguale a quella di un bancario, e via dicendo.**

La vera jattura del caso di specie non consiste, ad avviso di questo Giudice, in un danno di natura economica, tutto eventuale come eventuale è l'obbligo di assistenza familiare che in molti casi, forse nella maggioranza dei casi, non trova occasione di essere invocato: **vera jattura, per genitori e fratelli è la repentina, assurda, scomparsa di un giovane diciassettenne, è questo il danno morale non mai del tutto suscettibile di riparazione. Ciò che i Romani chiamavano praetium maeroris è praetium, ma senza alcun riferimento al mercato che di mercato qui non si tratta bensì di una equa valutazione del tempo che occorrerà a rendere più sbiadito il ricordo, più sopportabile lo strazio, sino al finale oblio.**

Ove così si provi a ragionare si dovrà constatare che la misura della liquidazione non è eccessiva ove si rovescino gli addendi, si intenda per danno morale quello che è patrimoniale e viceversa, ed è questa la ragione precipua della conferma dell'impugnata Sentenza.

Unica variazione la soppressione dell'obbligo alla rivalutazione, e la compensazione delle spese di questa fase di giudizio.

### 39.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 26 agosto 1994, n. 182<sup>62</sup>.

Ditta Liquorificio Cesarini (Avv. M. Nicolini) : S.A. Cointreau (Avv. P.L. Bacciocchi) – Causa n. 50, anno 1985.

---

<sup>62</sup> Conferma la decisione di primo grado 11 novembre 1991, inedita.

**Imitazione servile di prodotti altrui – Responsabilità.**

*L'imitazione servile è fonte di responsabilità solo ed in quanto abbia effettivamente cagionato un danno ad altri.*

---

**FATTO E DIRITTO**

La Ditta Liquorificio Cesarini impugna la Sentenza con la quale, in data 11 novembre 1991, il Commissario della Legge aveva dichiarato che “l’attore e convenuto in riconvenzione signor Ivo Cesarini, quale titolare della ditta Liquorificio Cesarini, ha compiuto imitazione servile, che non può essere ritenuta fonte di responsabilità in quanto non cagionò danno alla convenuta e attrice in riconvenzione Società Anonima Cointreau, del Liquore “Cointreau” mediante la produzione e la vendita del liquore “Madame Coteau”.

Inibiva pertanto al signor Cesarini “di avvalersi della specifica denominazione “Couteau” per identificare un liquore all’arancio di sua produzione”, dichiarando, infine, interamente compensate fra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

I motivi d’appello sono i seguenti:

- a) la sentenza non interpreta esattamente la perizia giudiziale del Perito Giudiziale geom. Pederzini;
- b) la sentenza appellata è in aperto evidente contrasto con le sentenze emesse sulla stessa materia dai Tribunali Italiani;
- c) le deduzioni portate in sentenza sono deduzioni personali del Giudice non suffragate dagli atti di causa;
- d) la sentenza non è fondata né in fatto né in diritto.

Costituitasi, ed opponendosi, la parte appellata, seguiva il procedimento che si chiudeva in modo del tutto atipico: aperto infatti il termine ad allegare e depositare le memorie conclusionali il fascicolo veniva inviato a questo Giudice non si sa bene se per ottenerne una sentenza interlocutoria su una eccezione proposta o se per ottenerne una sentenza definitiva sembrando ormai la vicenda matura per la decisione.

L’eccezione è stata posta più volte nel corso del procedimento, ed è quella dell’applicazione della nuova procedura ai processi *in itinere* allorchè le norme nuove furono emanate. La legge recentissima si è posta il problema e lo ha risolto in modo corretto, sotto il dominio della legge intermedia questo Giudice non ricorda che si sia posta questione, né sembra averla posta in questa sede la difesa appellata. Infatti, allorchè in un paio di casi un decreto commissariale dichiarò riservata a questo Giudice l’eccezione né appellante né appellato chiesero l’inoltro degli atti a questo Giudice, né pare lo abbia chiesto neppure in questa occasione l’appellata, chè anzi dichiara di rimettersi al Giudice, e poichè è la parte che ha formulato l’eccezione si suppone che si riferisca allo scrivente e non al Giudice Istruttore, sicchè si ritiene di potere passare oltre, anche perché la stessa parte riteneva di avere diritto, e con ragione, ad un ulteriore termine ma aveva già esaurientemente illustrato i propri punti di vista già presentando le finali allegazioni.

E' a dirsi che nelle linee generali non pare che la Sentenza impugnata meriti tante censure, i motivi d'appello sviluppati poi nelle allegazioni finali non sembrano reggere dinanzi all'interrogativo fondamentale: perché mai fra i tanti nomi possibili per un liquore all'arancia (prodotto tipico del mezzogiorno italiano e non di aree francesi) si sia scelto un nome in francese, e una ulteriore spiegazione nella stessa lingua, *liqueur d'orange*, che non può certo ingannare i turisti francesi anche perché la denominazione fa pensare i francofoni più ad un romanzo giallo con eventuali veleni che ad un liquore? La denominazione non incoraggiante per chi sappia il francese si presta però a trarre in inganno chi tale lingua non conosca, per esempio i turisti tedeschi, né il perito d'ufficio pare essersi posto il problema centrale della cultura odierna, che cioè la media dei leggenti sa bensì leggere ma ha delle parole visione parlata e non scritta, in altri termini non conosce l'ortografia.

E se la differenza di prezzo potrebbe (dovrebbe) mettere sull'avviso il compratore, si tratterà sempre del compratore alto, che riflette sul cambio delle monete, sul livello del franco francese rispetto a quello italiano, del compratore che abbia nozione del trattamento fiscale di questa Repubblica comparato a quello francese dato che di prodotto francese si tratta, e via di seguito. Il turista medio delle spiagge romagnole non sembra appartenere alle classi dirigenti dei paesi europei, la distinzione viene fatta anche dai commercianti indotti come testi proprio dall'avv. Nicolini, cliente alto è quello che sa cosa vuole, lo indica esattamente, solo per curiosità potrà acquistare il liquore *Madame Couteau*, ma distingue benissimo l'originale *Cointreau*: e gli altri, i non alti?

Venendo ora ad esaminare i motivi d'appello:

- a) l'avv. Nicolini ritiene errata la Sentenza per non avere il Commissario della Legge seguito pedissequamente le conclusioni del perito che lui stesso aveva nominato: si pongono qui due problemi: aa) il geom. Pederzini non pare avere specifica competenza in materia di marchi e liquori, e per rendersene conto basta leggere la perizia e ancor più leggere la sua testimonianza resa in giudizio. La forma della bottiglia è banale, ed essendo geometrica si può anche supporre che abbia ragione, ma richiesto di quanti altri liquori conosca contenuti in bottiglia di tale forma non sa che rispondere, rinvia ad uno forse in vendita a Bologna nel periodo precedente. E allora si dovrà concludere che non si tratta di elemento banale, se contraddistingue *ab imis* il *Cointreau* e da tempi più recenti il *Madame Couteau*. E ancora, riferisce essere sua opinione quella che l'acquirente di media accortezza (questa è l'espressione ricorrente, ma è espressione non usuale fra gli analisti) possa agevolmente distinguere fra i due prodotti, ma dal perito se è veramente tale non ci si attende un'opinione ma un giudizio, che è tutt'altra cosa. E ancora: sostiene che dei brevetti internazionali (che proteggono anche immagini che la società che ne è titolare si riserva di utilizzare se e quando lo riterrà opportuno) non si occupa poiché se è vero che questa Repubblica ha sottoscritto la Convenzione di Madrid è anche vero che non ha poi emanato la legge di attuazione: in questo modo, un po' disinvoltamente, si sostituisce al giudice al quale unicamente spetta di decidere se e in qual misura detta Convenzione possa già trovare applicazione in questa Repubblica, per es. come criterio interpretativo di leggi già esistenti, anche prima che il legislatore Sammarinese abbia emanato una propria specifica legge; ab) la difesa appellante richiama, nelle conclusioni finali, **un parere del prof. Crescenzi in ordine al ruolo della perizia nel processo civile. E' parere al quale in altre Sentenze questo Giudice ha già**

sostenuto non doversi deferire poiché, da un lato pare avere dimenticato che secondo lunga tradizione del diritto comune (e se si vuole anche del vigente diritto italiano) il giudice è *peritus peritorum*, sicché tocca a lui valutare criticamente ciò che dice il perito, se possibile raffrontare il suo dire a quello dei periti di parte e via di seguito. D'altro lato detto parere si colloca in una tendenza propria del prof. Caprioli, seguita anche dal prof. Crescenzi, mirante a introdurre a San Marino criteri di rigidità che a questa Repubblica che non ha accolto il principio della codificazione sono del tutto estranei. Certo per il giudice il parere del perito se ritenuto imperativo rappresenta una comoda via d'uscita dalle responsabilità, basta seguirlo e la sentenza è fatta. Ciò nel regime di diritto comune poteva valere, e valeva, per il *consilium sapientis*, non certo per la perizia tecnica, sia pure d'ufficio. La sentenza impugnata non fraintende il parere Pederzini, lo utilizza in uno con la testimonianza Villa che appare sotto ogni profilo più tecnicamente apprezzabile.

- b) Il rilievo è del tutto inaccettabile: non risulta che i giudici di questa Repubblica debbano omologare le loro sentenze a quelle italiane. Il Commissario della Legge ha fatto largo uso della giurisprudenza italiana ma ha ben premesso quali erano le differenze di regime fra Italia e S. Marino *in subiecta materia*: non ha utilizzato, e ha fatto bene, le sentenze emesse sul caso specifico in Italia per evidenti motivi di correttezza.
- c) La sentenza, come ogni sentenza, si basa sulle considerazioni personali del giudice, almeno sinché quest'ultimo non sia una macchina. Che le deduzioni della sentenza non trovino giustificazione negli atti processuali è affermazione non condivisibile, gli atti sia attraverso ciò che affermano periti e testimoni formano una base più che sufficiente per decidere la vertenza, anche perché in questo caso non si tratta di decidere perché un muro è crollato o quanto guadagnasse la vittima di un incidente stradale, ma di un accostamento di modelli ed una constatazione di similitudine che il giudice può anche fare da sé, in base ai dati della comune esperienza, come avviene in tutti i casi nei quali non si reputa necessario l'intervento del perito.
- d) Non si vede su quali basi si possa dichiarare la sentenza infondata in fatto e in diritto: il fatto è acquisito, addirittura non è negato neppure dal signor Cesarini, è stato messo in commercio un liquore con determinate caratteristiche esterne. Sul fatto, dunque non vi sono dubbi fra le parti, sulla qualificazione del fatto il Commissario della Legge ha speso molte pagine, spiegando perché fosse giunto a quella decisione e non ad altra, non si vede che altro dovesse fare.

E' di tutta evidenza che l'appello è da respingersi poiché infondato. Le spese seguono la soccombenza.

#### 40.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Corrado Pecorella), 14 settembre 1994, n. 184<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Conferma la decisione di primo grado del 14 aprile 1993, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 94.

S.A. Cotes (Avv. L. Bacciocchi) : Ercolani Giuseppe Oviglio (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 225, anno 1991.

**Lavoro – Invalido o portatore di deficit – Collocamento obbligatorio - Incompetenza.**

*L'appello è da respingersi poiché rivolto ad autorità priva di potere giurisdizionale in merito.*

---

**FATTO E DIRITTO**

Una causa inutile, anzi dannosa (e penosa).

La s.a. Cotes impugna una Sentenza di primo grado con la quale è stata condannata alla riassunzione, con pagamento di arretrati, del signor Ercolani, già inviato imperativamente presso detta società per l'assunzione in qualità di invalido al 40%, e trascorso breve periodo licenziato.

Non viene posto in dubbio, né potrebbe esserlo data l'esistenza di precise norme di legge, che il signor Ercolani abbia diritto all'avviamento al lavoro, così come è indubbio che la s.a. Cotes abbia raggiunto dimensioni tali da imporle l'assunzione anche di un invalido. E' certo che sussiste l'obbligo da una parte e il diritto dall'altra, ciò che pare sia stato un po' trascurato è che diritti e doveri come previsti dalla legge vigente sono di genere non di specie, si vuol dire che solo in una visione meccanicistica, per non dire burocratica, alla prima azienda che cada sotto l'occhio del collocatore e si trovi nelle condizioni previste dalla legge spetti di assumere il signor Ercolani e non un altro invalido e che allo stesso signor Ercolani spetti un lavoro necessariamente alla società Cotes. L'obbligo e il correlativo diritto divengono da generici specifici per mezzo della scelta degli uffici pubblici che individuano, dovrebbero individuare, nella società ricevente il luogo migliore possibile per l'inserimento non di un invalido purchessia ma di quel tale invalido. Si vuol dire, ma è ovvio, che non ogni invalido può essere inserito in ogni azienda, che l'operazione di inserimento dovrebbe essere cauta, meditata, preceduta da visite, trattative, analisi del lavoro, e via di seguito: dovrebbe in altre parole essere ispirata dal senso di umanità che pervade la legge e che porta a non considerare l'invalido come un pacco da inoltrare sul primo convoglio postale di passaggio.

I documenti agli atti, le dichiarazioni degli interessati, danno chiara visione di ciò che si è verificato, basta attingere ad un atto pubblico, il verbale dell'ispezione effettuata il 31 luglio 1991 dall'Ispettorato del Lavoro alla s.a. Cotes: dopo una parte descrittiva del tipo di lavoro svolto nella struttura, e tale da non consentire al signor Ercolani di avere un ruolo in essa, si prosegue:

“...Si è considerata inoltre la possibilità di impiegare il Sig. Ercolani nel magazzino; ma la mansione in questione è fra le più faticose, in relazione ai problemi che coinvolgono l'interessato. Si è quindi concluso che per lavoratori con disturbi fisici riguardanti la schiena è praticamente impossibile trovare una giusta collocazione in questa azienda. Il responsabile si è detto disposto ad assumere un qualsiasi invalido con invalidità compatibile con le mansioni da svolgere, e, soprattutto, gradirebbe che l'invio

obbligatorio dell'invalido fosse preceduto da una obiettiva analisi del caso, per evitare di trovarsi poi in spiacevoli situazioni.”

Per chiarire l'ultimo punto sarà bene ricordare che risulta egualmente da testimonianze degne di fede che la Cotes aveva chiesto l'avvio al lavoro di un operaio comune, e il collocatore che conosceva la struttura della società in modo generico, solo sulle carte d'ufficio, aveva identificato il signor Ercolani senza alcuna preoccupazione di possibilità di inserimento. Ancora: il signor Ercolani fu inviato, non accompagnato alla Cotes, e nel corso del breve periodo della sua attività nella predetta società non vi fu nessun sopralluogo da parte dell'ispettore del lavoro. In questo senso si è sopra definita inutile la causa, bastava una ispezione prima dell'avvio al lavoro del signor Ercolani per risparmiare a lui stesso, all'azienda, alla società nel suo complesso una vertenza senza alcun dubbio penosa, oltre che priva di ragionevole soluzione.

Una volta che l'imprenditore e l'ispettore si sono trovati a ragionare insieme non in astratto ma sul luogo della controversia sembra che essi trovino la soluzione più equa, la strada dell'accordo anziché quella della imposizione. Forse si deve anche a questo se annotazione finale al verbale riporta “Tenuto conto del rapporto si ritiene che non ricorrano, nei confronti dell'azienda Cotes, i termini per l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 12 ..., per non, aver nello specifico accettato l'invalido ...”; ciò vuol dire che non si ritiene illegittimo il comportamento della Cotes, ciò vuol dire in altri termini che anche il Dirigente dell'Ufficio del Lavoro è convinto, come lo scrivente, che la legge non debba e non possa essere applicata in modo meccanico ma le possibilità dei singoli debbano essere studiate non in astratto ma in relazione alle possibili collocazioni lavorative. La conclusione appare ineccepibile, sostenuta com'è anche da una vecchia e ovvia massima del diritto comune: *ad impossibilia nemo tenetur*. Né si dica che l'imprenditore può essere tenuto a riorganizzare l'azienda per trovare un posto da assegnare all'invalido, perché tale onere, che non è espressamente previsto dalla legge, sarebbe un invito alla elusione peraltro non difficile come gli avvocati possono supporre (non si danno qui esempi dei modi possibili poiché non è compito dei giudici escogitare rimedi *contra legem*, e sarebbe far torto alle capacità professionali degli avvocati Bacciocchi e Bonelli supporre che non siano in grado di suggerire almeno una dozzina di possibili soluzioni). Ma se così era perché mai non reperire subito una migliore occupazione al signor Ercolani? Forse sul momento non c'era, ma non bisogna dimenticare che la legge non prefigge termine imperativo per il collocamento, prevede ipotesi di intervento di altre pubbliche autorità, prevede possibilità di carriera, non esclude affatto che la qualifica dell'invalido possa cambiare, è da supporre che molte volte ciò dovrà avvenire, nel pieno rispetto dei diritti del lavoratore fra i quali questo Giudice amerebbe si annoverasse anche il diritto a non essere un peso morto trattenuto al lavoro per effetto dei fulmini della legge, ma al contrario un membro operoso di una comunità aziendale. La controprova di ciò si desume dal fatto, riscontrabile agli atti di giudizio, che nelle more processuali il signor Ercolani ha trovato collocazione, sembra soddisfacente ma a tempo determinato, in altre attività: se nel triennio sinora intercorso non è stato possibile trovargli altra più decorosa collocazione è auspicabile che la si trovi in prosieguo.

La procura della s.a. Cotes, sia in sede di dichiarazione di appello, sia in sede di memoria conclusionale, sviluppa argomentazioni che dalle righe precedenti appaiono condivise da questo Giudice, senza però che ne sia possibile l'accoglimento data la norma ostativa del 7° comma dell'art. 12 cit. Legge, non richiamato espressamente ma per implicito dalla

difesa dell'Ercolani che dichiara inconferenti le osservazioni dell'avv. Bacciocchi. E' bene chiarire il punto: per il 4° comma dell'art. 12 la s.a. Cotes avrebbe dovuto adempiere "compresa la corresponsione della retribuzione come se le prestazioni lavorative fossero avvenute. Si applica inoltre al datore di lavoro una sanzione amministrativa di lire 1.000.000." Contro tale sanzione e l'ordine connesso è ammesso ricorso al Giudice Amministrativo d'Appello che in sede appunto di ricorso "si pronuncia anche in merito all'obbligo dell'assunzione dell'invalido o del portatore di deficit da parte del ricorrente". Poiché, come si è detto, la sanzione non è stata irrogata, la società Cotes non ha avuto la possibilità di impugnarla, la vertenza si è radicata avanti il Commissario della Legge, di qui al Giudice delle Appellazioni Civili, escludendo in tal modo la giurisdizione amministrativa. Così una decisione che questo Giudice aveva apprezzata e tuttora apprezza come dettata dall'equità, si risolve in una lesione dei diritti di una parte. In questo senso, all'inizio si definiva dannosa e penosa la presente causa: si giunge alla conclusione che entrambe le parti hanno una loro ragione ma senza poterne dar conto, e in questo senso poteva sperarsi che l'Ufficio del Lavoro nel triennio intercorso trovasse una equa soluzione al caso, intendendosi per equa quella che contempera le ragioni delle parti senza sacrificarne alcuna. Di conseguenza l'appello appare da respingersi poiché rivolto ad autorità priva di potere giurisdizionale in merito. Si dichiarano compensate le spese di questa fase di giudizio.

#### 41.

Giudice di Appello per la Conciliazione (Dott. Lamberto Emiliani), 24 novembre 1994, n. 194<sup>64</sup>.

Ragini Marinella (Avv. G. Belluzzi) : Del Vecchio Danilo (Avv.ti Alberto Selva e L. Stefanelli) – Causa n. 124, anno 1992.

#### **Provvedimento strumentale od ordinatorio – Inappellabilità.**

*I provvedimenti del magistrato che hanno carattere soltanto ordinatorio, che il diritto comune definisce come strumentali, non sono sottoponibili al mezzo ordinario di gravame dell'appello.*

#### FATTO

Il 2 giugno 1992 nella causa di conciliazione 310 del 1991 Marinella Ragini – convenuta in giudizio quale titolare della ditta GPS International – interponeva appello avverso il decreto 28 maggio 1992 del Giudice Conciliatore.

Con tale atto quel Magistrato aveva stabilito doversi "ritenere superata la fase del tentativo di conciliazione" e aveva di conseguenza introdotto il primo dei rituali termini

---

<sup>64</sup> Conferma il decreto del Giudice Conciliatore del 28 maggio 1992, inedito.



di prova: tutto ciò dopo aver respinto “ogni eccezione sollevata dalla parte convenuta” sulla scorta dell’art. 32 della legge 10 dicembre 1884 a tenore del quale, nelle cause di competenza del Conciliatore, “se comparisce all’udienza soltanto il convenuto, questi, a sua domanda, dev’essere assolto ed ottenere contro l’attore l’emenda del danno”.

Il 10 giugno 1992 veniva ritualmente introdotta la presente causa d’appello. Esponeva il procuratore di parte appellante: che nella ricordata udienza di conciliazione del 28 maggio 1992 Marinella Ragini si era presentata personalmente, assistita dal suo avvocato e procuratore, mentre l’attore, Danilo del Vecchio, non si era presentato; erano intervenuti invece i suoi difensori; che parte Ragini aveva sollevato eccezione a norma del citato art. 32 della legge del 1884; che tuttavia il Giudice Conciliatore aveva respinto ogni eccezione sollevata ed aperto il primo termine di prova; che il decreto del Conciliatore, “in contrasto con le norme di legge vigenti, assumendo il carattere di pronuncia definitiva, deve essere assimilato, giusta la costante giurisprudenza sammarinese, alla sentenza e quindi appellabile”; che in particolare la decisione del Giudice Conciliatore “deve essere annullata per violazione degli artt. 28, 29, 30, 32 della legge 10 dicembre 1884”.

Ciò esposto, lo stesso procuratore per conto della Ragini citava in giudizio Danilo del Vecchio onde ottenere con sentenza del Commissario della Legge di “annullare e riformare il decreto del Giudice Conciliatore del 28 maggio 1992 per mancato rispetto delle norme contenute negli artt. 28, 29, 30 e 32 della legge 10 dicembre 1884, e quindi assolvere dal giudizio la signora Marinella Ragini per causa finita, procedersi all’emenda del danno nei confronti della medesima, che sarà quantificato nel corso del giudizio, con condanna altresì alle spese, competenze ed onorari di causa”.

Nella comparsa di risposta i procuratori di parte appellata dichiaravano di opporsi fermamente alla citazione sia per motivi procedurali (“la citazione d’appello è irregolare in quanto risulta appellante la signora Marinella Ragini in quanto tale e non nella sua qualità di titolare e legale rappresentante della ditta GPS International”) sia per motivi di merito (“non trova applicazione l’art. 32 della legge 10 dicembre 1884 in quanto l’appellato era presente all’udienza di conciliazione tramite i proprii difensori muniti di apposito e preciso mandato conferito agli stessi nel senso di non conciliare, visti i tentativi extragiudiziali non andati a buon fine, ma di pretendere l’intero petitum, come si evince facilmente dalla integrale, diligente e con buona fede lettura del verbale di udienza del 28 maggio 1992 nonché dalla stessa decisione del Giudice Conciliatore emessa al termine dell’udienza”). Radicata in tal modo la causa, parte appellante replicava alla comparsa di risposta e, con decreto 22 settembre 1992, veniva aperto il primo termine probatorio.

Con comparse in data 24 settembre 1992 entrambe le parti dichiaravano, stante che l’appello era sostenuto esclusivamente da motivi di diritto, di rinunciare ai termini probatori e reprobatori, e chiedevano aprirsi il termine ad allegare. A ciò provvedeva il Commissario della Legge con decreto 30 settembre 1992. Non senza ulteriori contrasti fra le parti, si perveniva infine, il 21 gennaio 1993, alla irrotulazione della causa. Questa successivamente perveniva al sottoscritto magistrato per la sentenza.

Con la propria comparsa conclusionale parte appellante ha chiesto che vengano respinte le eccezioni procedurali e disattesi i motivi di merito proposti da parte appellata, con conseguente riforma del decreto impugnato.

Parte appellata ha chiesto respingersi l’appello: in via principale perché totalmente infondato nel merito, in subordine in quanto proceduralmente viziato. Ha chiesto in

conseguenza che sia disposta la prosecuzione della causa avanti al Conciliatore per la definizione del giudizio.

Entrambe le parti invocano vittoria per spese ed onorari.

### DIRITTO

1. Prima di esaminare il fondamento delle contrapposte pretese delle parti, in via preliminare e pregiudiziale deve decidersi se il decreto emesso il 28 maggio 1992 dal Giudice Conciliatore nella causa 310 del 1991 sia sottoponibile al gravame ordinario dell'appello o se tale rimedio non sia invece inammissibile in quanto riguardante un decreto meramente istruttorio.

Secondo autorevoli decisioni di primo grado e di appello (Commissario della Legge Ramoino, Giudice delle Appellazioni Scialoja e Astuti) richiamate in Giannini e Viroli "Sommario di procedura civile sammarinese", 1967, pagg. 162 e seguenti – e secondo questi stessi autori – **l'appellabilità è esclusa quando si tratti di sentenze e decreti meramente esecutivi fra i quali si comprendono quelli che decidono questioni non di merito; così esecutivi e inappellabili sono tutti i decreti autorizzativi od ordinatori in genere, che possono definirsi anche istruttori, perché non pregiudicano in alcun modo l'apprezzamento definitivo del giudice: ogni eventuale errore in essi contenuto può essere riparato dallo stesso giudice con la sentenza definitiva.**

Più recenti decisioni confermano che **non sono appellabili le sentenze e i decreti che attengono ad atti processuali e non al merito della causa, poiché le conseguenze eventualmente dannose del provvedimento possono essere sanate con la sentenza definitiva.** Con sentenza di secondo grado 19 marzo 1978 (Giudice delle Appellazioni Cassandro, in Giurisprudenza Sammarinese 1970-1980, pag. 176) è detto: "per decreti meramente esecutivi, non appellabili, si intendono quelli che ordinano un atto esecutivo in senso stretto o consentono misure rilevanti sul piano processuale". E' stato precisato con sentenza d'appello 5 novembre 1990 (Giudice delle Appellazioni Pecorella, in Giurisprudenza Sammarinese 1981-1990, pag. 754) "liberamente per effetto di lunga tradizione si è ammessa l'impugnazione nei casi in cui il provvedimento, di sua natura non tale da pregiudicare l'esito della vertenza, possa arrecare alla parte danno irreparabile". Secondo l'insegnamento del Consiglio dei Dodici (decisione 11 ottobre 1988, Consulente Peruzzi, in Giurisprudenza Sammarinese 1981-1990, pag. 358) "i provvedimenti del magistrato che hanno carattere soltanto ordinatorio, e che anche il diritto comune definisce come strumentali, non sono sottoponibili al mezzo ordinario di gravame dell'appello".

In altre parole, **secondo giurisprudenza e dottrina, gli Statuti (lib. II, rub. VI, paragrafi 121, 140, 141) stabiliscono che un provvedimento di tipo strumentale o di tipo ordinatorio, come sono per definizione i provvedimenti istruttori, non è sottoponibile al mezzo ordinario di gravame consistente nell'appello. Tale divieto di impugnabilità non è applicabile – e quindi l'impugnabilità torna ad essere la regola – quando il provvedimento strumentale od ordinatorio non è più tale perché, nella sostanza, contiene anche caratteri proprii della decisione di merito e va perciò a collocarsi nella "cognitio". In tal caso l'appello va ammesso perché altrimenti la pronuncia (seppur parziale) di merito non avrebbe possibilità di rimedio nel giudizio definitivo.**

2. Sulla scorta delle premesse considerazioni, nel caso che forma oggetto di questa sentenza è subito a dirsi che l'interposto appello non è diretto contro un atto che porti in sé la decisione della controversia sottoposta al giudizio del Conciliatore. L'atto impugnato infatti non accerta e definisce rapporti giuridici vantati da una parte in opposizione all'altra ed illustrati nel corso di un adeguato contraddittorio; non rappresenta il risultato di una investigazione svolta attraverso il rito del processo; inerisce piuttosto alla direzione del processo che spetta al giudice durante la fase dell'istruttoria. Dunque l'appello interposto investe un provvedimento che ha carattere soltanto ordinatorio ossia istruttorio o strumentale.

Non si può portare come argomento contrario la particolare importanza del provvedimento. Primo, perché provvedimenti strumentali e perciò inappellabili sono anche quelli che "consentono misure rilevanti sul piano processuale" senza che sia consentito distinguere misure più o meno rilevanti o importanti, l'unico limite essendo rappresentato dall'attinenza al merito oltreché all'istruttoria della causa. Secondo, perché nel caso nostro il giudice si è limitato a dichiarare che nell'udienza di conciliazione l'attore, inteso come parte attrice, era validamente rappresentato e perciò "presente" (sulla scorta, può ritenersi, del principio per cui innanzi al Conciliatore "le parti compariscono di persona o a mezzo di mandatari purché il giudice lo consenta": cfr. Giannini e Viroli, citato, p.107). Giusta o sbagliata che sia, questa è una valutazione che attiene all'istruzione e non alla cognizione della causa.

Né può attribuirsi rilievo determinante al fatto che, così decidendo, il Conciliatore ha trascurato di applicare alla parte attrice una sanzione – quella prevista dall'art. 32 della legge del 1884 – che avrebbe comportato la soluzione della causa perché quella sanzione ha natura processuale, così come processuale e non di merito è la soluzione della causa quando la sanzione viene applicata.

Non sembra diversa la natura del provvedimento quando il Conciliatore, ritenuta l'assenza dell'attore, "assolve" il convenuto: infatti – ma la nostra è un'osservazione soltanto incidentale – il termine "assolto" usato dal legislatore del 1884 può a buon diritto interpretarsi per "assolto dal giudizio" o "dall'osservanza del giudizio" e non anche nel merito.

In vero – e si può concludere – l'impugnata decisione del Conciliatore sembra censurabile solo in quanto non contiene espressa riserva di decidere col definitivo anche l'istanza di "assoluzione" avanzata dal convenuto sulla base dell'asserita assenza dell'attore e contrastata dai difensori di quest'ultimo. Ma una simile riserva deve ritenersi implicita, avuto riguardo alla natura del provvedimento, alla sua collocazione nel processo, alla sua stessa stesura.

A quest'ultimo proposito conviene insistere sul fatto che il Conciliatore si è limitato a respingere "ogni eccezione", a dichiarare superata la fase del tentativo di conciliazione e – nucleo essenziale del decreto – ad aprire il primo termine di prova. Con una tale motivazione il giudice non usa il potere discrezionale che gli è proprio quanto al merito della causa, come invece è per i provvedimenti appellabili; usa il potere di "governare" l'istruttoria della causa.

3. La Dichiarazione 8 luglio 1974 (art. 15) ha consacrato come fondamentale il diritto alla difesa in ogni fase del procedimento giudiziario. Se vogliamo che questo principio sia osservato nel caso in esame, è giocoforza rimettere la causa al Conciliatore affinché, prima del merito, decida della domanda di "assoluzione" avanzata dal convenuto.

Questa domanda a nostro avviso non può essere confusa con l'eccezione di lite finita, evocata dal procuratore di parte appellante, essendo quell'eccezione relativa all'oggetto del processo e non alla sua istruttoria. Sta di fatto ad ogni modo che dal verbale dell'udienza di conciliazione non risulta la formale proposizione di lite finita né la richiesta dei quattro giorni utili comuni alle parti previsti in tal caso dalla procedura. E – cosa più importante di ogni altra – è mancato al riguardo il contraddittorio fra le parti, ed è mancato il giudizio motivato. Decidere ora, in fase d'appello, non è possibile senza recare un vulnus al diritto delle parti alla difesa in doppio grado.

Sono queste le ragioni per le quali il Commissario della Legge reputa doveroso dichiarare l'appello non proponibile, e respingerlo, in quanto riferito a decreto, quello del Giudice Conciliatore, meramente strumentale ossia ordinatorio o istruttorio e perciò inappellabile. E rimettere la causa al Conciliatore per la prosecuzione e la definizione del giudizio: nel merito e, in via preliminare, quanto alla “assoluzione” richiesta dal convenuto ex art. 32 della legge 10 dicembre 1884.

Ciò esime il Commissario della Legge dall'esaminare il fondamento delle contrapposte pretese delle parti.

4. Deve per inciso osservarsi come siano privi di giuridico fondamento i motivi procedurali esposti dalla parte appellata, nella comparsa di risposta e poi nella memoria conclusionale, per contrastare la citazione in appello. Con essi si sostiene la irregolarità della citazione perché Marinella Ragini “risulta appellante in quanto tale non nella sua qualità di titolare e legale rappresentante della ditta GPS International”.

Già la dottrina italiana sul Codice di Commercio aveva posto in rilievo – e la legislazione, la dottrina e la giurisprudenza successive hanno ribadito – che la **“ditta” svolge nei rapporti della vita commerciale la stessa funzione che il nome patronimico adempie nei rapporti della vita civile. La ditta è dunque il nome sotto il quale ogni commerciante, imprenditore individuale, gestisce i suoi affari. Si disse allora e può ripetersi oggi che la ditta è il nome di affari dell'imprenditore individuale, il quale se ne avvale nell'intestare le sue fatture ed ogni altri documento riflettente operazioni commerciali, nel sottoscrivere gli atti che da lui emanano; sotto di essa il commerciante – sempre per tale intendendo la persona fisica che opera in materia commerciale ovvero anche industriale o artigianale o in certi casi agricola – viene iscritto nei registri di commercio, può citare ed essere citato in giudizio, può incorrere in fallimento.**

**Non può dunque la ditta raffigurarsi come un'entità distinta dalla persona del commerciante, come una cosa avente esistenza e figura proprie e indipendenti dal titolare della licenza. La ditta non ha alcuna giuridica esistenza fuori dalla persona fisica che ne è titolare e tanto meno quindi può dirsi che questi sia il rappresentante legale della propria ditta.**

Deve dunque considerarsi corretta la citazione fatta dall'operatore individuale in nome proprio ovvero unendo al nome proprio quello della ditta. E lo stesso deve dirsi per la citazione in giudizio dell'operatore individuale da parte di altri.

**Agli stessi risultati si perviene esaminando la legislazione sammarinese. Bisogna tener presente che tutta la disciplina pubblica dell'economia, quale risulta in questo ordinamento dal succedersi e sovrapporsi di norme, è dominata dall'istituto della “licenza” ossia dell'atto (variamente denominato) col quale l'amministrazione pubblica autorizza lo svolgimento dell'attività economica dei privati – persone fisiche e persone giuridiche – dopo aver svolto e concluso favorevolmente un**

**controllo preventivo sull'attività programmata e sul soggetto che si propone come imprenditore.** Tale controllo è inteso a rendere compatibili gli interessi dello Stato (interessi generali del Paese, secondo l'espressione usata dall'art. 16 della legge sul commercio 1965 n.18) con quelli dei privati e contiene in sé un giudizio di idoneità dell'imprenditore.

Il provvedimento autorizzativo in che consiste la licenza, se da un lato attesta l'esito favorevole dell'inchiesta o indagine conoscitiva sull'imprenditore (oltre che sull'attività programmata), pone d'altro lato a carico dello stesso imprenditore precise e penetranti responsabilità. Di ciò vi è traccia evidentissima nelle molte disposizioni concernenti il controllo pubblico sulle attività economiche organizzate in imprese individuali o collettive, contenute nelle diverse leggi sul commercio e le industrie (dalla prima, 8 marzo 1927 n.5, alle successive modifiche e integrazioni fino alla disciplina generale dettata con le leggi n.69 e n.70 del 29 maggio 1991); contenute altresì nelle diverse leggi sulle società e gli enti legalmente riconosciuti.

**Ebbene, questa complessa normativa, ogni volta che sottopone a controllo l'impresa o richiama la responsabilità dell'imprenditore, distingue sempre l'impresa individuale da quella collettiva e nel primo caso chiama costantemente in causa la persona fisica dell'imprenditore senza lasciare spazio alcuno alla ditta. Questa è considerata come il nome di commercio dato ad un'impresa che è e rimane, nonostante quel nome, cosa della persona fisica titolare della licenza. In tal modo persona fisica e ditta si confondono e sono in definitiva la stessa cosa; certo non può dirsi che il titolare della licenza sia il legale rappresentante della ditta e neppure dell'impresa, perché sarebbe come dire legale rappresentante di se stesso.**

**Discorso parzialmente diverso si può fare per la "impresa unipersonale a responsabilità limitata"** introdotta con l'art. 9 della legge sulle società 13 giugno 1990 n.68. **E discorso totalmente diverso si può e si deve fare per le società, di persone e di capitali.** A queste si riferisce la sentenza 13 agosto 1966 (in Giurisprudenza Sammarinese 1964-1969, p.334) richiamata – ed il richiamo non è perciò pertinente – nella memoria conclusionale in favore della parte appellata.

5. Poiché non si è giunti all'esame del fondamento delle ragioni avanzate dalle parti, manca una vera e propria soccombenza; sembra equo pertanto compensare interamente onorari e spese di questo giudizio.

#### 42.

Giudice di Appello per la Conciliazione (Dott. Valeria Pierfelici), 21 agosto 1995, n. 103<sup>65</sup>.

Bollini Mary Anna (Avv. G. Giardi) : Ditta Arredamenti V.A. (Avv. G.M. Marcucci) : Taddei Maria Luisa (Avv. P.L. Baccocchi) – Causa n. 188, anno 1994.

**Obbligazione – Estinzione – Novazione – Delegazione.**

---

<sup>65</sup> Riforma la decisione 17 maggio 1994 del Giudice Conciliatore, inedita.

*La novazione è oggettiva, quando i soggetti rimangono gli stessi, e muta il titolo o l'oggetto dell'obbligazione, sostituendosi così la precedente obbligazione con una nuova, avente lo stesso contenuto economico.*

*E' delegazione l'intervento di un nuovo debitore o di un nuovo creditore, a seguito dell'assegnazione da parte del debitore o del creditore anteriore.*

---

### FATTO

Con atto di citazione in data 27 giugno 1994 la signora Bollini Mary Anna ha introdotto appello avverso la sentenza pronunciata dal Giudice Conciliatore in data 17 maggio 1994 nella causa di conciliazione n.131 dell'anno 1991, chiedendo: "in totale riforma dell'appellata sentenza dell'Ecc.mo Giudice Conciliatore: a) respingere perché assolutamente infondate le domande avanzate dal signor Vannucci Alfio titolare della Ditta Arredamenti V.A. nei confronti della signora Bollini; b) accogliere in toto le eccezioni proposte dalla signora Bollini e dichiarare quindi l'estromissione della stessa dal presente giudizio; c) condannare la signora Taddei al pagamento di L. 5.200.000= quale corrispettivo della fornitura dei mobili da cucina; d) condannare in solido il signor Vannucci Alfio titolare della ditta Arredamenti V.A. e la signora Taddei, al pagamento di spese funzioni ed onorari tutti della presente causa tanto di primo quanto di secondo grado".

Esponeva l'appellante che con atto di citazione in data 28 novembre 1990 la ditta Arredamenti V.A. in persona del suo titolare signor Vannucci Alfio, ha convenuto in giudizio la signora Bollini Mary Anna per sentirla condannare al pagamento della somma di L.. 5.200.000=, che "si assumeva dovuta per una fornitura di mobili da cucina, dando avvio alla causa di conciliazione n.131 dell'anno 1991". Tuttavia "come è emerso in corso di causa, a seguito di accordi intervenuti dapprima fra la signora Bollini e il signor Vannucci e successivamente fra il signor Vannucci e la signora Taddei Maria Luisa, quest'ultima è subentrata in tutto e per tutto nelle obbligazioni concernenti la fornitura dei mobili da cucina. [...] come ha onestamente ammesso lo stesso titolare della ditta Arredamenti V.A. in corso di causa, la signora Taddei aveva acquistato la cucina de quo e si era impegnata a pagarla, in parte mediante contanti, in parte mediante promozione pubblicitaria". Lamentava l'appellante che "come dichiarato in corso di causa dal signor Vannucci, la signora Taddei non ha rispettato le condizioni pattuite, giacché avrebbe realizzato solo in parte la promozione pubblicitaria convenuta quale pagamento della cucina, cioè per un anno anziché per i tre cui si era impegnata la Taddei medesima" e che "a seguito di tali fatti il signor Vannucci, ritenendosi insoddisfatto del pagamento ricevuto solo in parte dalla Taddei, ha preteso l'integrale pagamento del prezzo dalla signora Bollini, la quale oltre tutto non era più in possesso della cucina".

Lamentava dunque l'appellante che "nonostante le chiarissime risultanze processuali, l'Ecc.mo Giudice Conciliatore con sentenza in data 17.V.94, dichiarata l'estromissione dal giudizio della signora Taddei, ha condannato la signora Bollini al pagamento della somma di L. 5.200.000=, maggiorata di interessi legali e di tutte le spese giudiziali", e che "la sentenza appare profondamente ingiusta perché non tiene conto dell'esistenza – peraltro ammessa giudizialmente dal Vannucci – di un contratto fra questi e la Taddei, in forza del quale la Taddei ha acquistato la cucina ed avrebbe dovuto provvedere al

pagamento mediante pubblicità [...] l'esistenza di tale contratto è inoltre pienamente ed inequivocabilmente provata dall'avvenuto pagamento seppur parziale del prezzo convenuto fra la Taddei ed il Vannucci".

All'udienza fissata si costituivano le parti appellate a mezzo procuratore.

Nessuna attività istruttoria veniva compiuta nei rituali termini di prova. Aperto il termine ad allegare tutte le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All'udienza del 1° giugno 1995 si addiveniva alla irrotulazione, dopo di che il fascicolo era posto in pro servato.

La procura appellante ha concluso chiedendo di:

"a) dichiarare l'estromissione della signora Bollini dal presente giudizio perché estranea all'accordo intervenuto fra la signora Taddei ed il signor Vannucci, b) condannare in solido la ditta Arredamenti V.A. e la signora Taddei, o solo uno di essi, al pagamento delle spese ed onorari del presente giudizio sia di primo che di secondo grado".

La procura dell'appellata Ditta Arredamenti V.A. di Vannucci Alfio ha, invece, concluso chiedendo che questo giudice "respinga l'appello interposto dalla sig.ra Bollini Mary, confermando la sentenza emanata dall'Ill.mo Giudice Conciliatore, con conseguente condanna dell'appellante al pagamento della somma di L. 5.200.000=, oltre a interessi, svalutazione monetaria, spese ed onorari di causa, i quali ultimi verranno quantificati successivamente".

La procura dell'appellata signora Taddei Marisa ha parimenti richiesto "rigettare l'interposto appello in quanto destituito di ogni fondamento in fatto ed in diritto e quindi confermare in toto la sentenza impugnata. Il tutto con vittoria di spese e competenze del presente giudizio".

## DIRITTO

1. La procura appellante richiede dunque la riforma della sentenza di primo grado, poiché il giudice di primo grado non avrebbe considerato tutti gli aspetti emergenti dagli atti processuali, essendosi limitato ad esaminare solo l'originaria domanda della Ditta attrice, senza peraltro curarsi delle eccezioni ex adverso sollevate. In sostanza, viene richiesta a questo Giudicante una pronuncia sugli stessi elementi di fatto emersi nel giudizio di primo grado, stante la totale assenza di attività istruttoria nel presente grado di giudizio.

Ebbene, dalle ammissioni rese spontaneamente delle parti Vannucci Alfio e Bollini Mary Anna nel corso del giudiziale contraddittorio esperito all'udienza del 14 maggio 1992 emerge che tra le stesse è stato concluso un contratto di compravendita, avente ad oggetto, tra l'altro, una cucina "eseguita su misura data la particolare conformazione dell'appartamento", verso il corrispettivo di L. 5.200.000=. La cucina è stata consegnata e montata dal venditore che è rimasto creditore del prezzo. Poco tempo dopo la signora Bollini, lasciando l'immobile ove era stata montata la cucina, ha richiesto al Vannucci di promuoversi "al fine di trovare un acquirente ovvero nel caso in cui il nuovo affittuario avesse accettato la cucina di valutare la differenza tra il costo originario e quello successivo. Ebbero assicurazioni dal signor Vannucci Alfio che si sarebbe interessato ufficialmente della questione". L'appartamento venne successivamente affittato alla signora Marisa Taddei Bruschi "la quale accettò la cucina; da quello che mi risulta il signor Vannucci e la signora Taddei concordarono anche la valutazione del cambio della cucina: la signora Taddei avrebbe promosso un'azione pubblicitaria a favore della ditta

Vannucci. Intendo precisare che mi risulta che l'azione pubblicitaria fu effettivamente eseguita; il tutto è avvenuto senza che il signor Vannucci mi abbia riferito dell'intera vicenda. Successivamente il signor Vannucci Alfio mi ha interpellato richiedendomi il prezzo per l'intero della cucina a suo tempo ordinata". Il signor Vannucci Alfio conferma tale versione dei fatti, precisando, a sua volta, che la signora Bollini "mi richiese di acquistare la cucina che a suo tempo le avevo venduto. Le dissi che c'era sicuramente una svalutazione e che pertanto il prezzo era notevolmente ridotto rispetto a quello di acquisto. Su suggerimento del signor Bugli, marito della signora Bollini, presi accordi con la signora Bruschi nuova affittuaria dell'appartamento; ella mi propose uno scambio di pubblicità per tre anni con la somma di L. 3.000.000=. La pubblicità venne eseguita solamente per un anno o forse anche meno, pertanto non ero assolutamente soddisfatto del servizio ricavato rispetto al valore della cucina medesima. Mi recai più volte dalla signora Bruschi per richiedere una differenza ma gli accordi vennero interrotti. Intendo precisare che erano solamente [...] proposte fatte solo verbalmente e non risulta da nessun contratto, o atto scritto ovvero impegno unilaterale né da parte mia né da parte della signora Bruschi. Stando così le cose e non avendo quindi percepito il prezzo della cucina a suo tempo venduta alla signora Bollini Mary mi sono rivolto nuovamente alla medesima per richiedere il pagamento. Mi sono rivolto alla signora Bruschi in virtù del rapporto di amicizia del signor Bugli e non ho inteso questa intermediazione come affare [...] Intendo precisare che a seguito della pubblicità concordata con la signora Bruschi non ho comunque ricevuto fatture e quindi non ho pagato la pubblicità ottenuta per circa un anno. La gratuità della pubblicità era riferita all'accordo verbale intercorso con la signora Bruschi". Entrambe le parti puntualizzavano, poi, di non avere la disponibilità materiale della cucina, che è rimasta presso l'appartamento.

Si tratta di fatti non controversi fra le parti in causa, e proprio in quanto tali in ordine agli stessi non grava sulle parti alcun ulteriore onere probatorio. E' evidente, infatti, che non occorre provare ciò che è pacifico tra le parti, onde il giudice non deve fare alcuna indagine su quanto la parte ammette in accordo con la pretesa della controparte, e deve ritenerlo come cosa certa (cfr.: J. Voet, Commento alle Pandette, lib. XXII, tit. III, n.IX: "Prova, in primo luogo, l'attore la sua domanda, quando l'oggetto di questa non sia confessato").

E' poi da evidenziare che **il giudiziale contraddittorio è un mezzo di prova, ammesso dalla consuetudine, che ha il fine di provocare la confessione di una delle parti che, come noto, è l'affermazione che una parte fa della verità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli alla controparte. Esso "può essere ordinato dal Giudice, o domandato anche da una sola delle parti"** (T.C. Giannini, Sommario di Procedura giudiziaria civile sammarinese, 2° ed. riveduta dal dott. F. Viroli, San Marino, 1967, p.61).

Di conseguenza, compito del giudice è la sola qualificazione giuridica dei fatti avvenuti e non contestati da alcuna delle parti in causa.

2. Si è già detto che tra la ditta Arredamenti V.A. di Vannucci Alfio e la signora Bollini Mary Anna è intervenuto un contratto di compravendita di una cucina su misura verso il corrispettivo di un prezzo stabilito in L. 5.200.000=. La cucina è stata consegnata, ma l'acquirente non ne ha pagato il prezzo, onde il venditore esperisce nei suoi confronti l'actio venditi. La sentenza di primo grado si ferma a questo punto nella valutazione dei complessi rapporti fra le parti, e, conseguentemente, sussistendone tutti i presupposti, ha condannato l'acquirente al pagamento del prezzo.



Peraltro, come emerge dalle concordi dichiarazioni delle parti, il signor Vannucci ha “in via di amicizia” assunto l’incarico, per conto della Bollini, di verificare la possibilità di far acquistare la predetta cucina dal nuovo inquilino dell’appartamento ove era ubicata la cucina. Il signor Vannucci si è accordato con la signora Taddei, la quale ha accettato di acquistare la cucina, e, a titolo di corrispettivo del valore di L. 3.000.000=, si è impegnata ad eseguire una promozione pubblicitaria per tre anni alla ditta Vannucci. La pubblicità venne eseguita, ma solo per un anno, in quanto successivamente “gli accordi vennero interrotti”. Giova ricordare che la cucina è ancora presso l’appartamento locato alla Taddei.

In sostanza, la Bollini ha conferito al signor Vannucci un mandato a vendere. In esecuzione di tale mandato – in rem propriam – Vannucci ha venduto la cucina alla signora Taddei. La Bollini, tramite Vannucci, ha consegnato la cucina – che si trovava nell’appartamento e nella libera disponibilità della Taddei medesima – ed è divenuta creditore del prezzo. A questo punto, poiché esisteva un debito della Bollini verso il signor Vannucci, ed un credito della medesima Bollini verso la Taddei, è intervenuto un accordo tra Vannucci e la Taddei, in forza del quale quest’ultima si è impegnata a pagare al Vannucci la cucina a suo tempo fornita alla Bollini.

I rapporti sopra descritti si inquadrano nello schema giuridico della **delegazione, che, per il diritto comune, rientra, quale modo di estinzione delle obbligazioni, nella novazione.**

**3. E’ noto che la novatio è definita come “prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio, atque translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur” (D. 46, 2,1): “novazione volontaria appellasi quella che ha luogo di libero accordo fra le parti; e consiste nella conversione o trasmutazione di una precedente obbligazione naturale o civile in altra pur naturale o civile; mentre il titolo precedente viene surrogato da uno nuovo, di maniera che quello rimane perento” (J. Voet, Commento alle Pandette, Lib. XLVI, tit. II, n.2).**

**La novazione può essere oggettiva (“speciale” per gli autori di diritto comune), quando i soggetti rimangono gli stessi, e muta il titolo o l’oggetto dell’obbligazione. Si tratta di contratti che sono diretti ad estinguere una obbligazione per sostituirla una nuova, cambiandone l’essenza. Il primo contratto si estingue per mutuo dissenso, e si dà vita ad uno nuovo, produttivo di obbligazioni. In definitiva, vi è la sostituzione di una vecchia obbligazione con una nuova avente lo stesso contenuto economico.**

**La dottrina del diritto comune definisce, poi, delegatio “quella novazione che si fa con l’intervento di una nuova persona, surrogando cioè un altro debitore verso il proprio creditore, o verso quello che viene dallo stesso creditore additato” (J. Voet, Commento alle Pandette, lib. XLVI, tit. II, n.XI). Più precisamente: “se colla novazione subentra un nuovo debitore, ciò oggi, ove l’intervento avvenga per proprio impulso, non per ordine dell’antecedente debitore, si chiama espromissione. L’intervento d’un nuovo debitore in conseguenza d’un’assegnazione del debitore anteriore, come pure l’intervento d’un nuovo creditore in conseguenza d’un’assegnazione del debitore per parte del creditore anteriore, cade sotto il concetto della delegazione. Colla novazione il diritto di credito è direttamente estinto” (B. Windscheid, Diritto delle Pandette, trad. it. a cura di Fadda e Bensa, Torino, 1904, vol. 2°, parte 1°, p.371 s.).**

**Perché si abbia novazione, tuttavia, deve risultare positivamente dimostrato da chi vi abbia interesse il c.d. “animus novandi”, vale a dire la volontà di novare l’obbligazione.** Tale presupposto è stato introdotto da una costituzione di Giustiniano, la quale stabilì che la volontà di estinguere l’obbligazione doveva risultare espressa (“et generaliter definimus, voluntatem solum esse, non lege novandum: et si non verbis exprimatur, ut sine novatione [...] causa procedat, hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire”: C. 8, 42, 8). La dottrina del diritto comune, peraltro, ammise che la novazione potesse risultare anche mediante congetture e presunzioni, purchè “le congetture siano tanto verisimili ed urgenti che possa da esse risultar chiaramente avere le parti receduto dalla prima obbligazione ed aver voluto rifonderla nella seconda, affinchè in tal modo l’effetto della volontà tacita, ma abbastanza evidente, equivalga a quello della volontà espressa” (J. Voet, Commento alle Pandette, lib. XLVI, tit. II, n.III). **Con riferimento alla delegazione, peraltro, la stessa dottrina chiarisce che è necessario “che consentano il delegante ed il debitore del delegante ed il di lui creditore a pro del quale vuolsi devolvere la obbligazione, e quindi che fra il delegante ed il debitore di lui intervenga mandato, come pure fra il delegante ed il creditore di lui [...]; e finalmente, che fra il debitore delegato ed il creditore delegante avvenga stipulazione”.** Nell’espromissione, che si differenzia dalla delegazione proprio per l’assenza del mandato tra il debitore e colui che si assume il pagamento, è sufficiente l’accettazione, anche tacita del debitore originario e l’accordo tra il creditore e l’intervenuto. Osserva la dottrina che il requisito dell’intenzione del creditore che col nuovo diritto di credito da costituirsi abbia ad estinguersi quello precedente “non si presume, essa deve provarsi da colui che la invoca. Invece la dichiarazione di essa non abbisogna d’una determinata forma; e neppure è necessario, che l’intenzione sia dichiarata espressamente. [...] Il consenso del debitore liberato mediante la novazione non è richiesto” (B. Windscheid, op. loc. cit., p.379 e 381).

4. Nella specie, è a dirsi che sussistono tutti i presupposti richiesti. La signora Bollini – come detto – ha conferito mandato al signor Vannucci di trovare un acquirente per la cucina, che Vannucci ha individuato nella signora Taddei, la quale, veniva dunque designata quale debitrice tenuta alla prestazione in sostituzione della Bollini. L’atto di assegnazione del nuovo debitore al Vannucci scaturisce dal primitivo mandato al Vannucci, che direttamente ha contrattato con la signora Taddei. Risulta, inoltre, dagli atti che la signora Taddei aveva accettato l’assegnazione quale debitore al Vannucci.

Al riguardo è da osservarsi che il teste Righi Rino ha riferito “di aver sentito il signor Veronesi che era segretario della San Marino Calcio che rispondeva al dott. Bugli che l’affare della cucina era a posto. Riferiva che “ho parlato con la Marisa è tutto a posto””. Il teste Ragini conferma tale circostanza, e aggiunge di avere “assistito a cenni con il dott. Bugli con la signora Taddei [...] che potevano essere del seguente tenore – è tutto a posto con la cucina – è tutto a posto ho provveduto”.

La recente giurisprudenza sammarinese ha chiarito che è da considerarsi teste idoneo colui che depone su un fatto di cui è a diretta conoscenza, mentre non lo è colui che riferisce “de auditu alieno” (cfr. la sentenza del Commissario della Legge in data 13 aprile 1994, nella causa civile n.215 dell’anno 1991). I testi hanno riferito discorsi tra il dott. Bugli ed il dott. Veronesi ai quali hanno direttamente assistito, per cui, al riguardo, devono considerarsi testi idonei. Le loro testimonianze provano, se non la sussistenza di

un accordo formale, quanto meno la conoscenza della signora Taddei del complesso rapporto tra la Bollini ed il Vannucci.

In conseguenza di quanto precede, deve darsi atto che all'originaria obbligazione della Bollini verso il Vannucci si è sostituita quella della signora Taddei verso il medesimo, con l'estinzione della prima a seguito della intervenuta novazione soggettiva.

Addirittura, nella specie, si è pure avuta, a seguito dell'accordo tra il Vannucci e la Taddei novazione oggettiva della prestazione, essendo stata convenuta la sostituzione del prezzo con la prestazione del servizio di promozione pubblicitaria per tre anni.

A nulla rileva, poi, che non vi sia stato contratto scritto. **Il contratto di novazione non è soggetto a nessun onere di forma, ed è pacifico che l'ordinamento sammarinese "non impone la forma scritta ai contratti, accetta l'impostazione già romana e teorizzata da Azone secondo la quale la scrittura è de substantia solo quando le parti così abbiano deciso"** (sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni in data 3 aprile 1986, in Giur. Samm., 1981-1990, p.611).

5. Da quanto precede emerge, dunque, che, a seguito degli accordi intervenuti, l'obbligazione della signora Bollini verso il signor Vannucci si è estinta per novazione. Rimane, di conseguenza, in essere solo l'obbligazione della signora Taddei verso il medesimo Vannucci.

La signora Taddei, che ha sempre goduto della cucina, che ancora oggi sembra essere nella sua disponibilità, ha iniziato l'esecuzione della prestazione promessa, eseguendo la pubblicità alla Ditta di Vannucci per un anno ("non ho pagato la pubblicità ottenuta per circa un anno", afferma Vannucci). Successivamente "gli accordi vennero interrotti" e "mi recai più volte dalla signora Bruschi per richiedere una differenza". Lo stesso Vannucci afferma di essersi rivolto alla signora Bollini solo dopo avere inutilmente richiesto l'adempimento alla signora Taddei.

**L'inadempimento del delegato non fa, ovviamente, rivivere l'obbligazione estinta: "l'effetto della delegazione fatta in modo attendibile è pressochè il medesimo che quello della novazione, vale a dire, cessa per essa la prima obbligazione, anzi amendue le obbligazioni preesistenti, ed in luogo di essa ne succede una sola [...] Né manca questo effetto quando pure il debitore delegato sia insolvente: tranne che se fosse imputabile di dolo il delegante, donde si potesse aver ricorso all'azione di mandato, od in sussidio a quella di dolo; o tranne che fosse stato pattuito dovere il delegante pagare ciò che non potesse ottenere dal debitore delegato quegli cui fu fatta la delegazione; nel qual caso per altro detto abbiamo superiormente non accadere una vera novazione, potendosi piuttosto ravvicinare l'atto in tal maniera intervenuto a quei semplici mandati di pagamento"** (J. Voet, Commento alle Pandette, Lib. XLVI, tit. II, n.XIII).

Nella specie l'effetto novativo emerge senza possibilità di dubbio dalle dichiarazioni delle parti. Di conseguenza, il signor Vannucci è tenuto ad esperire azione verso la signora Taddei, unica ora obbligata nei suoi confronti.

6. Da quanto precede, ne discende che la sentenza di primo grado deve essere totalmente riformata, con conseguente reiezione della domanda spiegata dalla ditta Arredamenti V.A. di Vannucci Alfio verso la signora Bollini Mary Anna.

Poiché nel presente giudizio il signor Vannucci non esperisce alcuna azione verso la signora Taddei, al fine di ottenere l'esecuzione della prestazione convenuta o comunque l'equivalente della stessa, ma solo verso la Bollini, questo Giudice di secondo grado non può esaminare e decidere sulla stessa, poiché cadrebbe nel vizio di ultrapetizione.

Tale potere non discende nemmeno dalla chiamata in causa della signora Taddei da parte della signora Bollini, essendo questa volta unicamente all'accertamento del fatto che "se pagamento è dovuto, debitrice deve essere considerata la citata Maria Luisa Taddei".

Al riguardo si osserva che **la giurisprudenza sammarinese ha posto il principio che l'intervento in causa di un terzo – volontario o coatto – è possibile fino a che non sia aperto il termine ad allegare, in quanto, da questo momento, essendo conclusa l'istruttoria, non risulta più possibile il contraddittorio fra le parti** (sentenza del Commissario della Legge in data 9 febbraio 1923, Giur. Samm., 1923, p.12); che "colui che è chiamato ad intervenire in causa diventa parte nella stessa e contro di esso ognuna delle parti che già si trovano in giudizio può formulare domande o richieste di condanna" (Sentenza del Commissario della Legge in data 15 luglio 1925, Giur. Samm., 1925, p.20).

Nessuna domanda viene tuttavia avanzata nei confronti della signora Taddei dalla sua controparte contrattuale, bensì solo una domanda di accertamento da parte della chiamante, che è peraltro implicita nell'esame e della decisione della domanda principale. E se è vero che nell'atto introduttivo del presente gravame è contenuta una domanda di condanna della chiamante – peraltro non rinnovata nelle finali allegazioni -, questa sarebbe da considerarsi domanda nuova, e, come tale, inammissibile. E' stato al riguardo autorevolmente sostenuto: **"nel diritto romano comune, il ius novorum nel giudizio di appello è ammesso, ma con ampi limiti: secondo il costante insegnamento della tradizione giurisprudenziale, pur ammettendosi con una prudente larghezza la maggior libertà di difesa mediante nuove eccezioni, allegazioni e prove è stato sempre tenuto fermo il principio sancito dalla legge 4 pr. Cod. 7, 63 [...]. E' cioè consentito alle parti di far valere nuovi elementi di giudizio, nuovi fatti e nuove eccezioni, e quindi anche nuove prove, purchè relativamente ai capi delle domande (capitula) già enunciati e fissati nel giudizio di primo grado. Il divieto di proporre in appello nuove domande si fonda non soltanto sulla norma del legislatore, ma sulla natura e funzione stessa dell'istituto, in rapporto alla duplice esigenza di garantire il doppio grado di contraddittorio e giudizio, e di evitare che l'appello possa trasformarsi in un nuovo ed autonomo giudizio"** (sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Prof. Guido Astuti in data 20 luglio 1970, in Giur. Samm., 1970-1980, p.144 s.).

7. L'accoglimento del gravame importa che la Ditta Arredamenti V.A. di Vannucci Alfio deve essere condannata al pagamento delle spese e degli onorari del presente giudizio, e di quello di primo grado, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini.

#### 43.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 26 settembre 1995, n. 119<sup>66</sup>.

Calzolari Tiziano e s.p.a. Aurora Assicurazioni (Avv. R. Bonelli) : Vicini Albina (Avv.ti G.L. E G.N. Berti) – Causa n. 382, anno 1988.

<sup>66</sup> Conferma la decisione di primo grado del 18 marzo 1992, inedita.

**Responsabilità civile aquiliana – Danno Biologico – Risarcibilità – Criteri di valutazione e liquidazione.**

*Il danno biologico è risarcibile ancorché non incidente nella capacità di produrre reddito, le cui menomazioni vanno separatamente risarcite.*

*La compensazione del danno biologico può essere valutata e liquidata secondo il criterio equitativo tradizionalmente applicato dalla giurisprudenza sammarinese, pur essendo auspicabile l'applicazione di criteri più analitici, attraverso sistemi e calcoli sicuramente più oggettivi.*

---

**FATTO**

Con sentenza penale dell'11 luglio 1988, confermata in appello il 18 settembre 1988, il convenuto appellante sig. Tiziano Calzolari è stato riconosciuto colpevole della contravvenzione prevista e punita dall'art. 5, n.6 della Legge 6 marzo 1922, n.13, dall'art. 4 del Regolamento Relativo a detta legge, dall'art. 31 lett. a della Legge 20 settembre 1985, n.106, nonché del reato di lesioni colpose ex art. 32 e 164 del Codice Penale, condannato alle pene previste dalle suddette norme e "al risarcimento del danno da liquidarsi in separato giudizio, salvo una provvigionale di £.14.000.000=". L'appellata infatti, Dott. Albina Vicini, mentre era al servizio di pattuglia come graduato della Polizia Civile per eseguire i rilevamenti di un incidente avvenuto sulla strada Genghe di Atto di Acquaviva, nel regolare la circolazione, veniva investita dall'appellante, sig. Tiziano Calzolari, che, sopraggiungeva alla guida di una autovettura, cagionando alla stessa gravi lesioni.

Successivamente con istanza del 17 novembre 1988 l'attrice appellata, Dott. Albina Vicini, a cagione dei danni materiali e morali subiti e in forza della suddetta pronuncia, ha richiesto in sede civile che il Tribunale Commissariale condannasse in solido i convenuti, oggi appellanti, al pagamento della "somma di £.160.000.000= o di quella maggiore o minore somma che risulterà nel corso del giudizio, dedotte £.70.000.000= già ricevute, con gli interessi legali da calcolarsi, la rivalutazione conseguente alla svalutazione monetaria, oltre all'eventuale rimborso per rivalsa I.S.S., nonché al pagamento delle spese ed onorari, anche peritali".

Con sentenza del 18 marzo 1992, S.S. Ill.ma il Commissario della Legge ha condannato "i convenuti Calzolari Tiziano e s.p.a. Aurora Assicurazioni al pagamento in solido in favore della attrice Dott. Vicini Albina, a titolo di risarcimento dei danni materiali e morali dalla stessa sofferti a seguito dell'incidente stradale accaduto il 23 gennaio 1987, della complessiva somma di £.168.000.000= dovendo detrarsi dalla stessa la somma di £.70.000.000= già percepita dall'attrice; con gli interessi alla legale ragione del sette per cento: 1°) - sulla somma di £.168.000.000= dal 23 gennaio 1987 all'11 novembre 1988; 2°) - sulla somma di £.98.000.000= dal 12 novembre 1988 al saldo", oltre le spese e gli onorari.

Avverso questa pronuncia di primo grado gli appellanti hanno presentato atto di appello e in quella sede hanno dedotto che la sentenza impugnata "non definisce un criterio sufficientemente certo per la valutazione e determinazione del danno alla persona", con la conseguenza che l'impugnata decisione dovrebbe ritenersi carente di motivazione; che

l'indennità per le lesioni permanenti è troppo elevata; che quella per l'invalidità temporanea è indebita, ed è eccessiva quella riconosciuta per i danni morali.

Con atto del 25 giugno 1992 l'attrice appellata, Dott. Albina Vicini, ha proposto appello incidentale, sempre avverso la pronuncia di primo grado, per sentire condannare i due convenuti appellanti "al pagamento a suo favore della somma di £.304.289.000=, ovvero di quella maggiore o minore somma, che sarà determinata nel corso del giudizio, oltre alla rivalsa I.S.S., con gli interessi legali e la rivalutazione monetaria o, in subordine, per ivi sentirsi confermare la sentenza di primo grado, con condanna in ogni caso degli appellanti al pagamento delle spese e degli onorari tutti di ogni fase e grado del presente giudizio".

Riprodotte le rispettive citazioni nell'interesse di tutte le parti in causa, gli appellanti, Tiziano Calzolari e s.p.a. Aurora Assicurazioni, hanno dedotto, "allo stato degli atti e fino a quando non vi [fosse] necessità di contrastare una attività probatoria, [di] non presentare prove, poiché le questioni, sollevate con la propria citazione d' appello, investono esclusivamente aspetti di diritto o di valutazione delle prove già assunte in primo grado o di criteri valutativi del danno".

Nell'interesse dell'appellata sono stati sentiti testimoni sulla situazione personale e fisica della attrice appellata dopo l'incidente. E' stata poi depositata in atti dai procuratori della appellata, Dott. Albina Vicini, la nota del 15 luglio 1993, Prot.1193/93/SRC, della Direzione dell'Istituto per la Sicurezza Sociale, avente per oggetto il "conto aggiornato, che sostituisce il precedente prot. n.571 del 27 giugno 1988", in relazione alla rivalsa per il sinistro subito dalla attrice appellata Dott. Albina Vicini. L'istituto ha richiesto la somma complessiva di £.104.326.727, comprensiva sia delle spese sostenute, sia dell'indennità economica per inabilità temporanea, pari a £.15.854.078=, sia della "capitalizzazione pensione", pari a £.75.507.449. Copia della stessa nota della Direzione dell'Istituto per la Sicurezza Sociale, pervenuta il 19 luglio 1993 alla Aurora Assicurazioni s.p.a., dalla data del 9 novembre 1993, figura anche nel fascicolo delle prodotte delle parti appellanti, depositata evidentemente nell'interesse delle medesime parti, ma non è stata regolarizzata in bollo: l'atto di produzione non compare nel fascicolo di causa e quindi il documento non è mai stato ammesso.

Aperto il termine ad allegare, depositate le memorie, la causa é stata posta *pro servato*, e trasmessa dal Magistrato Istruttore al Giudice delle Appellazioni Civili per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto i procuratori delle parti appellanti, sig. Tiziano Calzolari e s.p.a. Aurora Assicurazioni, hanno concluso richiedendo "che venga riconosciuto che l'indennizzo corrisposto alla Dott. Vicini, pari a £.70.000.000=, è sufficiente a risarcirla di tutti i danni materiali e morali risentiti nel sinistro di cui trattasi, restando la rivalsa I.S.S. a carico del responsabile e della sua assicurazione. Si chiede riformare la sentenza di primo grado, respingere l'appello incidentale e porre a carico della parte istante tutte le spese di entrambe le fasi di giudizio" .

I procuratori dell'attrice appellata, Dott. Albina Vicini, hanno invece concluso chiedendo "1) condannarsi il signor Calzolari Tiziano, in solido con l'Aurora Assicurazioni s.p.a., al pagamento verso Vicina Albini, a titolo di risarcimento dei danni materiali, morali e del danno alla salute, dalla stessa sofferti a seguito del sinistro accaduto il giorno 23 gennaio 1987, della complessiva somma di £.304.289.000= (£.374.289.000= meno £.70.000.000=), oltre la rivalsa I.S.S., con gli interessi legali e la rivalutazione conseguente a svalutazione monetaria; 2) in subordine, confermarsi la sentenza di primo grado; con condanna in ogni caso degli appellanti ed incidentalmente appellati al

pagamento delle spese e degli onorari tutti di ogni fase e grado del presente giudizio, da liquidarsi con separato decreto”.

### DIRITTO

1) Gli appellanti dichiarano che l'impugnata sentenza li trova entrambi consenzienti sia sull'ammissibilità della richiesta di risarcimento del danno biologico, sia sulle considerazioni che si debbano accettare le conclusioni del perito giudiziale, che stabilisce nel 26% l'invalidità che è residua all'appellata, Dott. Albina Vicini. Detta invalidità è conseguenza dell'incidente stradale, del quale, in sede penale, è già stato ritenuto responsabile l'appellante sig. Tiziano Calzolari. Si deve solo aggiungere che l'altra parte appellante, la s.p.a. Aurora Assicurazioni, è responsabile solidalmente e patrimonialmente con il Calzolari in forza del contratto di assicurazione.

E' infatti giurisprudenza consolidata che “l'autorità del giudicato penale si estende, con la pienezza delle sue declaratorie, anche alla responsabilità civile dell'imputato” (cfr. Sentenza del Giudice della Appellazioni del 18 ottobre 1972 nella causa sommaria n.34 dell'anno 1966/1971) o anche che “la sentenza penale, emessa in contraddittorio delle parti e passata in cosa giudicata, costituisce valida base per il giudizio di liquidazione dei danni” (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 14 aprile 1936 nella causa n.42 dell'anno 1935, in Giurisprudenza Sammarinese, 1935 e 1936, p.113).

Gli appellanti deducono in via di impugnativa, che nella pronuncia di primo grado sono “del tutto carenti di una ragionevole motivazione” le somme attribuite in risarcimento del danno subito dalla appellata, Dott. Albina Vicini, liquidate in conseguenza della lesione della integrità psicofisica per un ammontare di £. 110.000.000=, per invalidità temporanea di £.10.000.000=, per danni morali di £.30.000.000=.

Gli appellanti contestano infine che, secondo le decisioni ormai consolidate della giurisprudenza sammarinese, sia possibile parificare il danno biologico con il danno morale, “se non altro per la sostanziale diversità di valutazione che sussiste o sussisteva in precedenza”. In generale contro tale contestazione, si deve qui osservare - soltanto incidentalmente, dato che il punto merita una più attenta disamina -, che l'altra giurisprudenza, quella italiana, non sempre può avere rilevanza giuridica decisiva nell'ordinamento interno sammarinese. Il punto in diritto comunque non impegna gli appellanti eccessivamente, avendo anche dichiarato espressamente e formalmente di essere propensi a ritenere, “che il danno biologico sia effettivamente da risarcire, quando viene accertato e definito”. Nel caso si deve dichiarare fin da ora che il danno è stato effettivamente accertato e definito.

2) **Il danno biologico, fondato su un complesso di norme “che consentano una tutela piena e diretta dei beni dell'integrità fisica e della salute, anche nell'ambito del diritto civile”** (cfr. Corte d' Appello di Genova del 17 luglio 1975, sentenza edita ed annotata da G. Alpa, in Danno biologico e danno alla salute. Un' ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Cost., in Giurisprudenza Italiana, 1976, I, 2, col. 443), è **nozione giuridicamente tecnica, introdotta dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiana per poter superare il principio della esclusiva e diretta natura patrimoniale del danno, così come, fino a quel momento, era stato inteso nell'ordinamento italiano. L'evento illecito - l'iniuria del diritto sammarinese - nell'ordinamento italiano, secondo una risalente tendenza dottrinarina, era stato perfettamente identificato con il danno patrimoniale e cioè con la sola conseguenza patrimoniale della azione.**

**La dottrina italiana ha successivamente ritenuto che “il danno cosiddetto biologico**

deve essere considerato *risarcibile* ancorché non incidente sulla capacità a produrre reddito, ed anzi indipendentemente da quest' ultimo le cui menomazioni vanno indipendentemente risarcite" (cfr. G. Alpa, *Il danno biologico*, Padova 1987, p.4).

Per la complessità dei canoni esegetici seguiti, ma soprattutto per le fonti normative da cui dipende nell'ordinamento italiano, una tale nozione di danno biologico non avrebbe trovato alcuna possibile collocazione nell'ordinamento sammarinese, che del *danno risarcibile* aveva già da tempo individuato una categoria ben più ampia di quella applicata fino ad allora nell'ordinamento italiano: **"il danno risarcibile, secondo il diritto vigente, non è soltanto quello materiale, ma anche il morale nel senso proprio di tale parola, cioè non solo il danno morale indiretto, ma anche l'offesa e il dolore subiettivo"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 14 marzo 1935 nella causa n.91 dell'anno 1934, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1935 e 1936, p.34).

**L'esperienza giurisprudenziale e dottrinale italiana non poteva però essere lasciata cadere, perché la nozione di danno biologico è invece in grado di offrire all'ordinamento sammarinese i criteri e soprattutto gli strumenti per individuare e rendere più oggettiva la valutazione e liquidazione di quel danno risarcibile**, che non incide sulla capacità di produrre reddito, spesso troppo genericamente indicato soltanto come danno morale nell'ambito della giurisprudenza sammarinese.

**Infatti in passato per la "valutazione del danno morale [si è proceduto] arbitrio boni viri e con quei criteri di estimazione presuntiva che sono dettati dalla pratica della vita e dalla comune esperienza, cercando di attribuire al danneggiato una somma di danaro la quale valga a procurargli una somma di utilità materiali approssimativamente idonee a compensare l'entità delle sofferenze morali subite"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 14 marzo 1935 nella causa n.91 dell'anno 1934, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1935 e 1936, p.34).

Per tornare ai concetti più generali si deve anche aggiungere che, **secondo la medesima giurisprudenza, il danno risarcibile investe la persona, il danno morale e di relazione** (cfr. sentenza del Commissario della Legge 19 gennaio 1932, nella causa n°.147/1930 in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1931-1932, p.40, e sentenza del Commissario della Legge 21 maggio 1965, nella causa 174 dell'anno 1961, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964-1969, p.275 e seg.) **ed è valutato in via equitativa** (cfr. sentenza del Commissario della Legge 20 novembre 1954, causa n°.79 dell'anno 1953, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p.336). Si deve però notare che la sola liquidazione del danno *in via equitativa* è criterio di valutazione sicuramente molto soggettivo, come è scarsamente oggettivo anche quello di *estimazione presuntiva*, già individuato dalla stessa giurisprudenza sammarinese.

**L'applicazione delle teorie relative al danno biologico, perlomeno per quella parte del danno risarcibile, che si identifica con il danno alla integrità fisica e alla salute, hanno così consentito nell'ordinamento sammarinese di attribuire allo stesso una sua autonoma patrimonialità. Ma soprattutto hanno consentito di uscire da valutazioni generiche e scarsamente oggettive, quali sono quelle riportate e fatte proprie dalla precedente giurisprudenza sammarinese.**

Per questa strada, che ha portato ad individuare il danno alla integrità fisica e alla salute, si sono analiticamente distinti alcuni contenuti del *danno risarcibile*. Si è così affermato il principio che, **all'interno della generica e ormai risalente nozione del medesimo danno risarcibile, deve essere liquidata una somma a titolo di danno biologico, somma che così può essere intesa in modo autonomo, per il fatto giuridico che la**



**determina e per l'ammontare che la precisa, anche rispetto a quella che deve essere riconosciuta e liquidata a titolo di solo danno morale.**

Infatti per completare il quadro del *danno risarcibile*, riconosciuto dall'ordinamento sammarinese, resta comunque da tenere in considerazione anche quella parte del danno morale, che è costituito dall'offesa e dal dolore subiettivo, nella liquidazione del quale si devono adottare i criteri equitativi già descritti.

3) La giurisprudenza sammarinese ha poi anche ricercato il fondamento di quella parte del *danno risarcibile* che è stato individuato come danno biologico. E' stato infatti affermato che **"l'introduzione [...] del concetto di danno psicofisico non contrasta, ed anzi è in perfetta sintonia con i principi sanciti dal diritto comune"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'11 marzo 1991, nella causa n.43 dell'anno 1986).

Le fonti individuate sono costituite da alcune grandi massime della dottrina del diritto comune, come quella che "homo liber pretium non habet", o anche l'altra per cui "corpus liberum proprie nullam recepit aestimationem", onde è che "actio datur, ut non modo impendiorum in curationem, et operarum, quibus laesus caruit et in posterum cariturus est, sed et cicatricis et doloris atque deformitatis, aestimatio moribus praestanda veniat" - "l'azione viene concessa, affinché venga tenuta nel debito conto la valutazione non solamente nella cura dei danni e delle opere, per le quali colui che è stato leso fu privato ed è sul punto di essere privato in futuro, ma anche per le cicatrici e per i dolori e per le deformità" (cfr. J. Voet, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta in quibus praeter romani juris principia ac controversias illustriores jus etiam hodiernum et praecipuae Fori quaestiones excutiuntur*, ed. Bassani 1827, p.217). Rispetto a queste massime, quella stessa giurisprudenza sammarinese, che ha ritenuto di individuare le fonti ora riportate, afferma infatti che nel passo ora riportato "é, con ogni evidenza, espressione normativa estremamente sintetica, ma sicuramente omnicomprensiva, perchè se *impensae* ed *operae* non possono che riferirsi al danno patrimoniale, *cicatrix* a quello estetico, *dolor* a quello morale, *deformitas* non può attribuirsi che alla lesione dell'integrità psicofisica del soggetto danneggiato" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'11 marzo 1991, nella causa n.43 dell'anno 1986).

Esistono comunque testimonianze che in diritto comune esprimono anche le opinioni contrarie, sulle quali ha prosperato la linea dottrinale italiana della sola patrimonialità dell'*iniuria*, intesa restrettivamente, cioè soltanto come "omnis patrimonii deminutio, nullo iure illata". Infatti ponendo la questione "an damnum quo non patrimonium seu vita laedatur" si é anche risposto: "quum vero omnem deminutionem patrimonii lex Aquilia vindicet, sequitur ut directe ex ea lege actio non detur, si liber homo vulneratus sit" - "in vero quando la legge aquilia difende ogni diminuzione del patrimonio, consegue che direttamente per questa legge non viene accordata azione, se un uomo libero venga ferito" (cfr. J. G. Heineccius, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, ed. Venetiis 1762, p.481, § 1081 e p.483, § 1085).

**Ma il principio individuato dalla giurisprudenza, che consente all'ordinamento sammarinese la tutela dell'integrità fisica e della salute, è tra quelle risalenti affermazioni del diritto comune in tema di diritti della persona, che in forza dell'art. 16, ultimo comma della Legge 8 luglio 1974, n. 59, sono esegeticamente da preferirsi a quelle massime che, sempre dal punto di vista della tutela dei diritti della persona, non possono ritenersi sufficientemente evolute, perchè ribadiscono soltanto il contenuto esclusivamente patrimoniale della *lex Aquilia*.**

Procedendo dunque dalla prima linea di dottrina del diritto comune, proprio in relazione

al fatto che i principi enunciati sui diritti della persona sono generali, la conclusione da adottarsi è quella che prevede l'ammissibilità della nozione di danno biologico nell'ordinamento sammarinese.

Quella stessa giurisprudenza però, esaminati i criteri di liquidazione correnti dell'ormai individuato danno biologico, rispettivamente nella dottrina italiana, francese e tedesca, ha anche espresso la convinzione che "non sussistendo elementi sicuri ed attendibili per la determinazione del valore biologico dell'uomo, non resta che concludere che l'unico criterio utilizzabile è quello equitativo, del resto sempre costantemente seguito dalla giurisprudenza sammarinese" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 1°11 marzo 1991, nella causa n.43 dell'anno 1986).

A sostegno di una tale opinione si è anche argomentato che "proprio in applicazione di tale criterio equitativo, il danno psicofisico non viene considerato come *terium genus*, intermedio tra i danni patrimoniali e i danni non patrimoniali" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 1°11 marzo 1991, nella causa n.43 dell'anno 1986). **Ma soprattutto si è affermato che "il relativo indennizzo non viene determinato in via separata ed autonoma, ma quale elemento integratore del risarcimento dei danni di qualsiasi natura"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 1°11 marzo 1991, nella causa n. 43 dell'anno 1986). Nel affermare queste importanti massime nessun problema invece ci si è posti circa la ricerca di un metodo oggettivo e autonomo di valutazione nella liquidazione del danno all'integrità fisica e alla salute.

**4) Esiste comunque anche un' altra giurisprudenza, sempre per la parte che riguarda il danno biologico, nella quale, in considerazione delle argomentazioni esposte, si è abbandonato il semplice criterio equitativo e sono stati invece introdotti criteri di valutazione più obbiettivi, che determinano il danno alla integrità fisica e alla salute attraverso un metodo che ricorre a specifici calcoli.**

**Il sistema ormai prevalentemente applicato è quello della "rendita vitalizia pari al triplo della pensione sociale, moltiplicata per i coefficienti di capitolazione relativi all'età del danneggiato contenuti nel R.D. 2 ottobre 1922, n. 1403" italiano** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 2 giugno 1993 nella causa n.130 dell'anno 1989 e cfr. Sentenza del Commissario della Legge 21 febbraio 1994 nella causa n.73 dell'anno 1992), ancora in vigore per la costituzione delle rendite vitalizie immediate presso le assicurazioni sociali, oppure in forza della Tav.n.6, Allegato C, della Legge 11 febbraio 1983, n.15. Il metodo, non nuovo, presenta apprezzabili criteri di oggettività nella valutazione di questa parte del danno relativo alla salute e alla integrità fisica.

Per quanto invece riguarda l'altro metodo, quello del "c.d. criterio equitativo differenziato per valore di punto, secondo il quale la liquidazione del danno biologico si ottiene sulla base di indicazione di media risultanti da analisi comparative di vari campioni di pronunce giurisprudenziali corrette dall'equità" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 21 febbraio 1994 nella causa n.73 dell'anno 1992), è stato ritenuto che nell'ordinamento sammarinese non sia "ovviamente applicabile, stante la scarissima giurisprudenza in argomento" (cfr. Sentenza del Commissario della legge 21 febbraio 1994 nella causa n.73 dell'anno 1992).

**5) La soluzione rivolta alla sola adozione del criterio equitativo, tradizionalmente applicato dalla giurisprudenza sammarinese più risalente, è però quella che sta alla base dell'impugnata sentenza. Nel giudizio di primo grado, sulle considerazioni in diritto ivi esposte, cioè la scelta legittima della adozione del ricordato criterio equitativo, che è ripeto, ugualmente previsto e quindi pienamente vigente nell'ordinamento sammarinese,**

il Giudice di primo grado ha potuto fondatamente concludere che “si decide di liquidare, ricorrendo anche ad una *equa capitalizzazione*, sempre ammessa dal diritto comune, in favore della attrice Vicina Albina le indennità”, già in precedenza analiticamente riportate.

Proprio per quella sostanziale carenza di oggettività, già rilevata e che si è anche esaminata nella superiore parte motiva, una tale argomentazione, nonostante fosse preceduta dall'esame della dottrina e della giurisprudenza in materia, ha comunque offerto agli appellanti la possibilità di lamentare come, “le conseguenti conclusioni del Giudicante, siano del tutto carenti di una ragionevole motivazione”. Secondo quanto pretenderebbero gli appellanti in quella sede di primo grado di giudizio “il Commissario della Legge non offre alcuna giustificazione della quantificazione, con la quale ha attribuito £.110.000.000= per la lesione della integrità psicofisica; £.10.000.000= per invalidità temporanea; £.30.000.000= per danni morali”.

E' del tutto evidente invece che l'affermazione non può essere censurata nel senso voluto dagli appellanti, perché la scelta del criterio equitativo operata da parte del Magistrato di primo grado nella liquidazione del danno risarcibile, non potrà semmai considerarsi auspicabile, né tanto meno preferibile. Ma non potrà neppure ritenersi illegittima fino al punto di dar luogo, nella sua corretta applicazione che ne é stata data, ad una decisione, che possa essere ritenuta carente di motivazione. La determinazione del danno liquidato in primo grado è da ritenersi motivata nel suo ricorso ai criteri di valutazione equitativa.

Si potrebbe semmai concludere che esiste anche una giurisprudenza, che ha seguito e segue criteri di valutazione diversi, che potrebbe esistere l'esigenza che tali criteri siano uniformati. Ma si deve anche affermare che i criteri equitativi non violano nessun precetto, e soprattutto che, nell'impugnata sentenza, tali criteri trovano le loro motivazioni nell'esame della giurisprudenza e della dottrina riportata dal Magistrato.

Il rischio quindi che il *criterio equitativo* possa essere inteso - forse, ma senza alcuna polemica, sarebbe meglio dire frainteso - come una carenza di motivazione, è in realtà la ragione per cui, una volta individuata la nozione di danno biologico anche nell'ordinamento sammarinese, nel determinarlo e nel liquidarlo è da ritenersi preferibile auspicare l'applicazione di criteri più analitici, attraverso sistemi e calcoli sicuramente più oggettivi. Altrimenti l'attenta analisi, nella quale si é attardata la giurisprudenza allegata in materia, e l'esame dei fondamenti dottrinari del danno alla integrità fisica e alla salute, resterebbe solo uno sfoggio erudito senza alcuna rilevanza.

6) L'appello c.d. incidentale della Dott. Albina Vicini deduce una richiesta complessiva di risarcimento del danno nettamente superiore a quella liquidata nella sentenza di primo grado.

La suddetta domanda dovrebbe trovare fondamento sulla perizia di parte, perché i risultati non concordano con la perizia disposta d' ufficio. Nel primo caso si configura un danno biologico valutato nella misura del 31%, nel secondo caso “l'invalidità permanente deve essere calcolata in ragione del 26%”. Appaiono invece irrilevanti le altre discordanze, sempre dedotte dall'appellata, Dott. Albina Vicini, onde è che per il perito di parte l'invalidità temporanea totale è stata di 150 giorni, quella temporanea parziale di 105 giorni, mentre in tempi successivi il perito ufficio rileva una totale di giorni 140 e una parziale di giorni 100.

L'eccezione é già stata proposta in primo grado ed é stata anche formalmente respinta, allegando una pronuncia dell'Ecc.mo Consiglio dei XII dell'8 novembre 1988 nella

causa sommaria n.392 dell'anno 1977.

Il punto non meriterebbe una ulteriore disamina, se non fosse stato riproposto formalmente nelle finali memorie in termini del tutto identici dalla appellata, Dott. Albina Vicini.

Si deve però osservare che la giurisprudenza allegata definisce *giudizio tecnico* "il giudizio concorde di due periti nominati d'ufficio" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'8 novembre 1957 nella causa n.114 dell'anno 1954, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964, p.75) e ammette il rinnovo della perizia, già esperita nel giudizio penale, anche nel giudizio civile, specialmente quando "tra il fatto dannoso e la liquidazione del danno sia intercorso parecchio tempo". In ogni caso è stato affermato "il principio che, quando due periti nominati di ufficio concordano su ogni punto, si ottiene la doppia conforme, che ha effetto definitivo e decisivo sulla questione" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 20 marzo 1967 nella causa n. 346 dell'anno 1964, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964-1969, p. 359).

Se è dunque vero che uno dei due periti è perito di parte, sul punto si conclude anche che non siamo in presenza di giudizi concordi "di due periti nominati d'ufficio". E la decisione di primo grado non ammette censura, perché ha pedissequamente applicato il principio del libero apprezzamento dei mezzi istruttori.

Va però rilevato come l'elaborato del perito di ufficio porti la data del 30 ottobre 1990, contro quella di parte che invece è del 20 settembre 1987 e quindi riproduce una situazione precedente, sostanzialmente diversa dall'altra che riproduce una situazione più aggiornata. Non va trascurata infatti la considerazione che il tempo trascorso ha visto stabilizzare alcuni esiti dell'incidente subito dalla appellata. Inoltre l'esame della situazione fisica della appellata nella perizia d'ufficio è più preciso, più analitico per i dati forniti, adatti ad una valutazione equitativa.

Il Magistrato di primo grado, nella sua discrezionale valutazione, ha correttamente preferito prendere in considerazione, la perizia d'ufficio per le considerazioni da lui stesso esposte, alle quali, la perizia di parte, come prova contraria, non sembra sufficientemente contrapporsi (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 15 dicembre 1972 nella causa n. 190 dell'anno 1970, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1970-1980, p. 309).

E' comunque da ritenersi fondamentale che in primo grado ci si sia attenuti all'elaborato più recente, che è quello del perito d'ufficio, secondo un principio da tempo affermato presso la giurisprudenza (cfr. Sentenza del Giudice delle Appellazioni Civili del 15 luglio 1955 nella causa n. 232 dell'anno 1951, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 46) e recentemente ribadito (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 2 giugno 1993 nella causa civile n.130 dell'anno 1989).

7) Sulla richiesta dell'Istituto per la Sicurezza Sociale di essere rimborsato delle spese sostenute per l'appellata, come sua assistita, gli appellanti, chiamati a risarcire il danno, non hanno sollevato l'eccezione derivante dal terzo comma dell'art. 65 della Legge 11 febbraio 1983, n. 15. Qui, come è noto, si stabilisce che l'Istituto è parte necessaria in giudizio, parte alla quale in via autonoma è riconosciuto il diritto di rivalsa privilegiata sulle somme corrisposte come prestazioni economiche effettuate dal medesimo Istituto.

L'appellante Aurora Assicurazioni s.p.a., nelle finali memorie, in proposito ha così dedotto: "spetterebbe alla dott.ssa Vicini anche il risarcimento conseguente la parziale perdita della capacità lavorativa, come accertato dal perito giudiziario. Tuttavia per tale perdita la infortunata è già stata congruamente indennizzata dall'I.S.S. con l'erogazione

di un assegno vitalizio (pensione privilegiata infortuni), la cui capitalizzazione assomma a £.75.000.000= (per le quali l'I.S.S. richiede la rivalsa [...] e che l'Aurora dovrà corrispondere per il suo assicurato)". Ed anche concluso che "la rivalsa I.S.S. [resta] a carico del responsabile e della sua assicurazione". Dopo aver prodotto in atti il documento, nulla ha invece dedotto l'appellata.

Nell'impugnata sentenza il Magistrato di primo grado non ha liquidato a favore della appellata, Dott. Albina Vicini, nessuna somma per il titolo derivante dalla "perdita parziale di capacità lavorativa", bensì ha liquidato in via equitativa la somma di £.110.000.000= a titolo di danno biologico "per la lesione dell'integrità psicofisica" derivante dalla invalidità permanente. Tale somma dunque è attribuita alla danneggiata, che dall'incidente ha subito lesioni alla sua persona, solo per questo preciso fatto giuridicamente rilevante, cioè per danno biologico, non per gli aspetti patrimoniali che derivano dalla "perdita parziale di capacità lavorativa".

La stessa considerazione deve essere fatta anche per il danno biologico che è derivato "dall'invalidità temporanea e [dalla] intervenuta svalutazione", non certamente per quanto è richiesto dall'Istituto per "l'indennità economica per inabilità temporanea", che trova titolo negli aspetti derivanti dalla capacità lavorativa dell'appellata, che danneggiano l'Istituto.

Sempre nella complessiva valutazione equitativa, che dal punto di vista della sua motivazione, rientra nel c.d. danno alla salute e alla integrità personale, è stata liquidata la somma di £. 18.000.000= in forza dei disagi per quella assistenza della quale non se ne fa carico l'Istituto, che per le sue prestazioni ha anche un suo autonomo diritto al rimborso, disagi che sono stati provati sia nel giudizio di primo grado, sia nel giudizio di appello con le prove testimoniali.

8) Se poi si deve stare alla riportata dichiarazione, resa nelle memorie dagli appellanti, ne discende che gli stessi hanno manifestato di accollarsi le spese sostenute dall'Istituto e per le quali è stato già richiesto il rimborso. E' pertanto inapplicabile al caso in questione il dettato del terzo comma dell'art. 65 della Legge 11 febbraio 1983, n. 15, sia sotto profilo che esiste una parte, che si è già accollata la suddetta somma, sia sotto il profilo che nel presente giudizio sono state liquidate quelle somme che competono alla appellata Dott. Albina Vicini, in ragione di quel *danno risarcibile*, che deriva dalla sua integrità fisica e dal diritto alla salute, nonché dai residui danni morali: come è stabilito e normativamente previsto tutto è stato equitativamente valutato.

Non è stato valutato, perché senza la presenza in causa dell'Istituto, non sarebbe stato consentito, il danno diretto e patrimonialmente rilevante, sul quale restano impregiudicati i diritti garantiti all'Istituto per la Sicurezza Sociale.

L'appellata sentenza non ammette dunque le censure proposte dagli appellanti, non potendosi accogliere l'appello proposto e merita invece di essere confermata in ogni sua parte, compresa la condanna alle spese del giudizio di primo grado.

8) Ferma restando dunque la condanna alle spese del primo grado di giudizio, si ritiene infine che nel caso in questione le spese ed onorari del presente grado, avendo l'appellata, Dott. Albina Vicini, dedotto formalmente, ma infondatamente l'appello incidentale, devono essere parzialmente compensati tra le parti in causa in ragione un terzo, in attuazione del § 273 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, laddove dispone "nisi tamen ipse victus legitimam litigandi causam habuerit" - "se però esso vinto non abbia avuto una legittima causa di litigare".

Ma per i restanti due terzi le spese del presente grado di giudizio devono seguire il

principio della soccombenza e sono a carico delle parti appellanti e saranno liquidate da S.S. Ill.ma il Commissario della Legge, *more solito*, con successivo e separato decreto, dopo l'esibizione della nota analitica delle spese e degli onorari da parte dei procuratori dell'appellata (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell'anno 1923, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1927, p. 9).

Per quanto riguarda la richiesta della appellata di ottenere in questa sede la liquidazione del "le spese di costituzione di parte civile per le due fasi del processo penale", si deve rilevare che la sentenza penale n. 65 di S.S. Ill.ma il Commissario della Legge del 4 marzo 1988 riporta la generica condanna "al pagamento delle spese [...] di costituzione di parte civile", mentre quella n.63 del Magistrato di Appello del 19 settembre 1988, porta già la condanna del sig. Tiziano Calzolari, allora appellante, al pagamento delle spese di parte civile di quel grado di giudizio, liquidate in £.500.000=. Tali spese devono pertanto essere ritenute esecutive a tutti gli effetti giuridici, sia nel loro ordine sia nelle cifre ivi liquidate. Solo le spese del giudizio penale di primo grado sono da determinarsi con separato decreto, e compete soltanto al Magistrato che ha emesso quella pronuncia liquidarle nel loro concreto ammontare.

#### 44.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 24 novembre 1995, n. 27<sup>67</sup>.

Spinalbelli Angelo (Avv. G. Micheloni) : S.A. Banca Agricola Commerciale (Avv. L. Lonfernini) – Cause n. 233, anno 1989 e n. 308, anno 1990.

**Confessione extragiudiziale. Efficacia – Pegno di beni non inventariati. Esclusione di responsabilità del pignorante - Girata di favore di titolo cambiario – Inopponibilità al terzo estraneo – Concordato – Omologazione – Estinzione di azione nei confronti dei terzi coobbligati.**

*La confessione extragiudiziale ha la stessa efficacia di quella giudiziale e perciò deve essere considerata a tutti gli effetti piena prova.*

*Il mancato controllo, o meglio, l'inesistenza di inventario dei beni mobili costituiti in pegno esclude qualsiasi responsabilità del pignorante derivante dalla custodia dei beni medesimi.*

*L'eccezione di girata di favore può farsi valere solo tra il favorito, che ha conseguito la somma, ed il favorente, che ha apposto la girata al solo scopo di far conseguire la somma; il rapporto di favore è quindi inopponibile al terzo estraneo, anche in base ai principi della simulazione relativa.*

*La categoria dei terzi coobbligati, ai quali si estendono gli effetti estintivi del concordato, presuppone nei coobbligati medesimi una responsabilità di natura solidale, che non consente più di agire nei loro confronti, essendo stata l'obbligazione solidale già soddisfatta in via di concordato.*

---

<sup>67</sup> Conferma la decisione di primo grado del 13 aprile 1993, inedita.

## FATTO

L'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, il 14 settembre 1989 ha convenuto in giudizio l'appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale di San Marino, chiedendo, in primo grado, "la restituzione [...] delle tre valigie contenenti valori, a suo tempo consegnate a garanzia e pegno", costituito il 13 novembre 1984, per l'apertura di un fido della somma di £.50.000.000= al conto corrente n. 1497, nonché per "la concessione di castelletto di sconto per la somma di £.100.000.000=", sempre relativo al medesimo conto corrente. Ha affermato che il pegno avrebbe dovuto essere restituito, perché la convenuta, oggi appellata s.a. Banca Agricola Commerciale di San Marino, sarebbe stata soddisfatta del suo credito dalla percentuale ricevuta nella procedura di concordato della s.a. Nuova Silsa - già s.a. Silsa - sul complessivo suo credito ammontante alla somma di £.968.770.606=.

Questa causa, subito dopo il decreto di citazione, per connessione oggettiva e soggettiva, è stata riunita ad altra causa, nella quale l'appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale di San Marino, il 7 dicembre 1989 ha convenuto l'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, per sentirlo condannare al pagamento della somma di £.95.921.428=, con gli interessi sino alla data del 30 settembre 1989, per un saldo debitorio sul conto corrente n. 1497, nonché per la somma di £.73.824.354=, comprensiva di interessi dalla stessa data per sconti ed effetti cambiari, tornati insoluti. Con la stessa istanza l'appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale di San Marino, ha richiesto "l'autorizzazione a procedere alla vendita dei beni dati in pegno".

Costituitesi ritualmente entrambe le parti, per ammissione concorde delle medesime nell'istruttoria di primo grado, risulta che l'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, ha ottenuto dalla appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale di San Marino, l'apertura di credito in conto corrente n. 1497 e la concessione di "castelletto di sconto per effetti" bancari: l'appellante ha garantito le suddette operazioni con la costituzione di un pegno. Di nessun rilievo, ai fini della presente causa in primo grado e delle successive impugnazioni, è il fatto che con lo stesso pegno - "le tre valigie contenenti valori" - l'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, abbia in precedenza garantito anche il conto corrente n. 616, aperto presso l'appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, già fin dal 1982, perché, come già è stato riconosciuto in primo grado, questo rapporto di conto corrente "non entra in gioco nel conteggio finale dei rapporti" contestati tra le parti. Peraltro il relativo contratto non risulta allegato agli atti di causa, né in primo, né in secondo grado.

E' inoltre risultato dalla stessa istruttoria, che la appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, ha tenuto rapporti anche con la s.a. Silsa, di cui l'appellante, sig. Angelo Spinalbelli è stato Amministratore Unico. Conseguentemente risulta che i rapporti posti in essere tra le parti in causa sono stati almeno due: quello derivante dal conto corrente n. 1497, personalmente tenuto dal sig. Angelo Spinalbelli e con sconto a suo nome, garantito dal pegno e quello derivante dai conti correnti n. 1471 e n. 659, tenuti direttamente con la s.a. Silsa e con sconto della stessa società, entrambi garantiti da ipoteca, essendo, come si è già detto, l'appellante sig. Angelo Spinalbelli, l'Amministratore Unico della medesima società.

Risulta poi che nel giudiziale concorso dei creditori della s.a. Nuova Silsa, già Silsa, aperto con decreto 3 marzo 1988, l'appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, ha

insinuato in via chirografaria le somme di £.505.488.669= relativi ad effetti “dalla banca scontati e tornati protestati” e di £. 73.824.354= per effetti “scontati dalla Banca al signor Spinalbelli Angelo con girata alla s.a. Silsa e tornati protestati”. Le somme relative al fido in conto corrente n. 1471 di £.130.269.392= e relative al fido in conto corrente n.659 di £.247.458.077= sono state insinuate, con la medesima istanza, ma in via privilegiata.

Risulta pertanto inequivocabilmente che la suddetta insinuazione, peraltro allegata in copia agli atti di causa (doc. n.14) dall'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, non comprende l'esposizione debitoria derivante dalle operazioni fatte sul conto corrente n. 1497, che è invece il conto corrente personale dello stesso sig. Angelo Spinalbelli, garantito dal pegno. In ogni caso risulta dalla nota raccomandata del 21 dicembre 1987 (doc n.9), avente per oggetto l'ipotesi di concordato, inviata anche alla appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, che da una proposta di “totale rientro [del] 46%” (sic!), erano stati “esclusi i crediti privilegiati” della Silsa “ed il credito sul conto corrente n.1497 Banca Agricola Commerciale garantiti da beni reali di terzi (valigie)”. Questo - va definitivamente ribadito una volta per tutte - è appunto il conto personale dell'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, garantito dal contratto di pegno, oggetto della presente causa. Nell'allegato alla suddetta nota, relativo alla “situazione Banca Agricola Commerciale al 19 novembre 1987”, gli “insoluti Spinalbelli” per £.65.981.604= e lo “scoperto su conto corrente 1497”, a quella data di £.74.434.677, sono stati tenuti nettamente distinti dagli scoperti sui conti correnti n. 659 e n. 1471. Infine nella nota del 18 dicembre 1990 (doc. n.2), nella quale il Direttore della s.a. Banca Agricola Commerciale ha integrato la “testimonianza resa nell'udienza del 7 giugno 1990”, è stata indicato la somma di £.64.632.592= “per effetti presentati allo sconto dal sig. Angelo Spinalbelli, portanti la girata della Silsa s.a. e ritornati insoluti” e la somma di £. 1.349.012=, indicata come “spese e commissioni reclamate inerenti agli effetti insoluti di cui sopra”. Le due poste contabili corrispondono esattamente alla somma di £.65.981.604=, che costituisce il totale degli “insoluti Spinalbelli” dell'anzidetto allegato. Solamente tale somma, per ammissione esplicita dello stesso direttore, a mezzo dell'anzidetta istanza, è stata insinuata tra i crediti chirografari del Concorso dei creditori della s.a. Nuova Silsa, conclusosi con un concordato. La somma complessiva dei crediti chirografari insinuati al concorso ammonta, sempre per incontrastata ammissione del suddetto Direttore, a £.579.313.563=.

Dalla stessa lettera risulta che l'appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, dalla procedura di concordato ha incassato per l'intero i crediti privilegiati, mentre “per quanto attiene ai crediti chirografari, la Banca Agricola Commerciale, con scrittura privata, ha ceduto il credito alla signora Spinalbelli Rosalba”, credito che è pari alla suddetta somma di £.579.313.563=.

Decorsi utilmente i termini di prova, con sentenza del 13 aprile 1993, S.S. Ill.ma il Commissario della Legge ha condannato il signor “Spinalbelli Angelo a pagare a favore della Banca Agricola Commerciale di San Marino la somma di £.95.921.428= con gli interessi legali dal 1° ottobre 1989” ed ha autorizzato “la predetta Banca a procedere alla vendita del pegno in suo possesso nelle forme delle vendite giudiziarie”, compensando parzialmente le spese per la metà.

Avverso tale decisione di primo grado è stato proposto appello, deducendo che nessuna considerazione sarebbe stata data alla scrittura privata 13 novembre 1884, intercorsa tra le parti in causa e costitutiva dell'atto di pegno; che il conto corrente n. 1497 e lo sconto



effetti relativo, “sono stati usati unicamente per operazioni di sconto effetti della Silsa s.a.”; che il credito insinuato al concordato comprende “tutte le esposizioni creditorie maturate per qualsiasi titolo nei confronti della Silsa s.a.”; che la percentuale liquidata in favore della appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, “ammonta al 45 % dell’intera somma insinuata”; che infine l’appellante, sig. Angelo Spinalbelli, avrebbe versato alla appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, “a detrazione dei debiti così contratti consistenti somme”; che la valutazione dei valori contenuta nelle tre valigie, depositata in primo grado, non sarebbe stata impugnata dalla appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale.

Nei termini probatori, su richiesta dell’appellante sono stati allegati i documenti già prodotti in primo grado, mentre gli altri termini sono inutilmente decorsi.

Dopo il decorso del termine ad allegare la causa é stata posta *pro servato*, e trasmessa al Giudice delle Appellazioni Civili per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore della parte appellante, Sig. Angelo Spinalbelli, ha così concluso: “condannarsi la Banca Agricola Commerciale: in via principale alla restituzione delle tre valigie in oggetto e al pagamento delle spese ed onorari di entrambi i gradi del presente giudizio; in via subordinata detraendo dalla somma di £. 95.921.428=, pretesa dalla Banca Agricola Commerciale, la somma di £. 16.200.745= ricevuta dalla stesso Spinalbelli e contenuta nel libretto n.3885 nonché la percentuale del 45 % effettivamente ricevuta in sede di concordato Nuova Silsa (già Silsa), con compensazione delle spese ed onorari di entrambi i giudizi fra le parti”.

Il procuratore dell’appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale di San Marino, ha invece concluso chiedendo “confermarsi la sentenza di primo grado”.

## DIRITTO

1) In via pregiudiziale e prima di ogni altra considerazione va decisamente negato che l’apertura del conto corrente n. 1497 sia stata posta in essere dall’appellante “nella sua specifica veste di Amministratore unico della società Silsa s.a.”. Si deve infatti dichiarare che tale pretesa dell’appellato è destituita di ogni fondamento.

A parte le implicite affermazioni rese dall’appellante, sig. Angelo Spinalbelli, nella nota 21 dicembre 1987, che distingue la situazione della s.a. Nuova Silsa, dal “credito sul conto corrente n.1497 Banca Agricola Commerciale garantito da beni reali di terzi (valigie)”, a livello di prove scritte, si aggiunge l’ allegato, che distingue gli “insoluti Spinalbelli” dallo “scoperto su conto corrente 1497”; la lettera 7 luglio 1987 ove più volte da parte del medesimo appellante, sig. Angelo Spinalbelli, si fa riferimento al “[suo] conto corrente 1497 al nome di Spinalbelli Angelo” oppure, “sul [suo] conto corrente” (doc n. 12 delle prodotte dell’appellante); la lettera 18 maggio 1988 dove dal medesimo appellante è detto che si augura “che la Silsa possa provvedere con la massima sollecitudine, anche perché deve provvedere alla copertura delle esposizioni del [suo] conto corrente n. 1497” (doc n. 13 delle prodotte dell’appellante).

Tutte queste prove hanno il valore di una **confessione extragiudiziale** e consentono di concludere, che il conto corrente n. 1497 è stato aperto nell’interesse personale dell’appellante sig. Angelo Spinalbelli. Ma soprattutto consentono di escludere che lo stesso conto corrente sia stato aperto dallo stesso appellante, sig. Angelo Spinalbelli, nella sua qualifica di Amministratore Unico della s.a. Nuova Silsa, già s.a. Silsa. Nei confronti delle obbligazioni che l’appellante ha contratto, operando sul suddetto conto

corrente n. 1497, si deve riconoscere la sua personale responsabilità, ritenendolo sul punto del tutto inadempiente.

La confessione extragiudiziale dell'appellante può anche esonerare da ogni ulteriore indagine e non consente di accogliere sul punto l'impugnativa avanzata dal medesimo appellante. Detta confessione ha infatti la stessa efficacia di quella giudiziale e perciò deve essere considerata a tutti gli effetti piena prova, come peraltro è indirizzo corrente della giurisprudenza (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 2 settembre 1967, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964-69, pp.370-371).

E su tale punto si conferma pienamente le conclusioni alle quali è già pervenuto il giudice di primo grado.

2) Bisognerà poi rilevare come, al momento della costituzione in garanzia, nessuno ha constatato il contenuto delle valigie date in pegno, sigillate da un notaio, che ugualmente "non ha constatato la merce in esse valigie contenute". In conseguenza di tale circostanza il debitore pignorato in garanzia, sig. Angelo Spinalbelli, ha sollevato la s.a. Banca Agricola Commerciale da ogni responsabilità derivante dalla custodia del suddetto pegno. Le parti hanno dichiarato di non volere "dare vita ad un rapporto di deposito o di custodia con gli obblighi e gli oneri inerenti e di conseguenza [che] tutti i rischi sono a carico dello Spinalbelli".

Il punto viene esaminato perché è stato dedotto in appello, ma rispetto alle richieste formulate dall'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, assume ben poca rilevanza la esclusione della responsabilità per custodia della Banca appellata.

La circostanza che le tre valigie non controllate siano state "ricevute dalla Banca in via del tutto amichevole" consente di escludere che l'appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, abbia mai assunto le obbligazioni relative alla custodia, derivanti dal deposito dei beni mobili dati in pegno e mai controllati, o meglio mai inventariati.

Si deve quindi ritenere che i due documenti, depositati in atti dall'appellante, sig. Angelo Spinalbelli - il primo è il n. 8 ed è un semplice elenco del contenuto delle tre valigie senza attribuzione dei valori, redatto l'8 luglio 1982; l'altro è il n.11, questa volta un vero inventario, che si vorrebbe redatto per le relative stime l'11 ottobre 1990 dal sig. Marino Cesarini, titolare della ditta Filatelia Numismatica -, non possano assumere alcun rilievo probatorio ai fini di causa, per la loro unilateralità, nonché per la carenza di qualsiasi formale contestazione alla parte appellata.

In conseguenza della irrivalenza nella costituzione tutta unilaterale dei due documenti, e soprattutto per l'assoluta carenza di qualsiasi contraddittorio processuale sul punto in questione, si ritiene di non poter accogliere l'istanza dell'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, che cioè la valutazione dei valori delle cose mobili costituite in pegno non siano state contestate *ex adverso*. Sono le stesse parti che hanno escluso qualsiasi responsabilità derivate dalla custodia e hanno accettato la costituzione del pegno senza alcun controllo delle cose mobili contenute nelle tre valigie.

3) Sul conto corrente n. 1497 e sui mutui accordati all'appellante sig. Angelo Spinalbelli dalla parte appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, le garanzie prestate non si esauriscono nel solo contratto di pegno.

Con la scrittura privata tra le parti in causa si istituisce un complesso rapporto, individuato nell'apertura di conto corrente, nella creazione del c.d. "castelletto" e nella costituzione di pegno in garanzia. La stessa scrittura però aggiunge anche una ulteriore prestazione di garanzia, rilasciata alla appellata Banca da parte di un terzo, che è la s.a. Nuova Silsa.

Per quanto riguarda il pegno, costituito dalle tre valigie sigillate, che dovrebbero contenere valori, il punto non é in contestazione, perché le parti in causa ne hanno ammesso l'esistenza. E' invece in contestazione la posizione che nel suddetto contratto assume la s.a. Nuova Silsa, costituitasi come garante delle inadempienze personali del sig. Angelo Spinalbelli sul conto corrente 1497.

Volendo riassumere il complesso rapporto si deve dire che tra le due parti in causa, il 19 novembre 1984, con la medesima scrittura privata che ha costituito il conto corrente e il mutuo, é stato creato anche un pegno, consegnando alla s.a. Banca Agricola Commerciale "tre valigie, contenenti, per dichiarazione dello stesso Spinalbelli, valori in monete e medaglie non precisate, né nella quantità, né nella qualità". Sempre con la medesima scrittura a tale rapporto di garanzia si é aggiunta la s.a. Nuova Silsa, che ha garantito le inadempienze del titolare del conto corrente, sig. Angelo Spinalbelli.

4) Nella suddetta scrittura privata, si legge infatti la seguente clausola: il signor "Spinalbelli Angelo inoltre nella sua veste di Amministratore Unico della Società Anonima Silsa, con sede in San Marino, per conto della società, concede garanzia per i contratti posti in essere dallo stesso Spinalbelli con la presente scrittura, obbligando pertanto la società Silsa nei confronti della Banca Agricola Commerciale a rifondere le somme, a qualsiasi titolo dovute in conseguenza di mutui rimaste impagate".

La natura di *pactum adiectum* della clausola ora trascritta sembra essere incontestabile e costituisce in favore dell'appellata Banca una ulteriore garanzia oltre il pegno. Pertanto all'obbligo assunto dal terzo garante, s.a. Nuova Silsa, non si può attribuire il valore di un tacito mandato o di una procura di fatto ad incassare titoli girati all'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, dallo stesso garante, come invece pretenderebbe l'appellante. Per integrare gli estremi previsti dall'art. 19 del Codice Cambiario, con cui si "trasferiscono non la proprietà del titolo, ma solo la facoltà di esercitare i diritti del mandante su di esso" (cfr. Relazione al Consiglio Principe e Sovrano nella Tornata del 23 gennaio 1882 per l'approvazione e pubblicazione del Codice Cambiario, p.58) sono necessarie le clausole espresse "per procura, per mandato, per incasso", cioè i ben precisi requisiti formali e sostanziali richiesti dalla legge.

Il predetto *pactum adiectum* accorda invece alla s.a. Banca Agricola Commerciale una ulteriore garanzia per possibili insolvenze del titolare delle anticipazioni in conto corrente o del "castelletto di sconto". E il titolare si individua nella persona dello stesso sig. Angelo Spinalbelli, operante personalmente, non in qualifica di Amministratore Unico della società. Il sig. Angelo Spinalbelli, dopo avere personalmente costituito il pegno delle tre valigie a garanzia di tutte le operazioni bancarie, che sarebbe andato ad eseguire sul suo conto n. 1497, si è fatto prestare ulteriori garanzie in favore della s.a. Banca Agricola Commerciale, dalla s.a. Silsa, di cui era in quel momento Amministratore Unico.

5) Le ragioni di questo comportamento sono del tutto irrilevanti giuridicamente, come le ha già ritenute irrilevanti il Giudice di primo grado, quando afferma, in forma sintetica, ma sicuramente brillante, che "anche se lo Spinalbelli operò sul conto a vantaggio della Silsa, non ne consegue che debitore sia la società". Nulla è dato presumere da un *pactum adiectum*, che aggiunge soltanto una ulteriore garanzia ad un apertura di conto corrente e ad un mutuo, già garantito da un pegno su cose mobili, mai inventariate.

E' soltanto lo stato di decozione, che ha portato al concordato dei creditori della s.a. Nuova Silsa, che può aver consigliato alla appellata, Banca Agricola Commerciale di non escutere la seconda garanzia, per il credito vantato in forza del suddetto conto

corrente n. 1497. L'appellata Banca ha preferito percorrere la strada della responsabilità personale del titolare del conto corrente e richiedere l'autorizzazione alla vendita del pegno per recuperare le somme anticipate nel medesimo conto corrente. Nè l'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, ha ritenuto di insinuare questa somma al concordato, come risulta dagli atti.

La chiarezza dei rapporti avrebbe invece voluto che fosse stato lo stesso sig. Angelo Spinalbelli a farsi carico di richiedere, quanto da lui anticipato alla società, cioè al concordato, in nome per conto della quale oggi pretende di aver agito. Ma la s.a. Nuova Silsa, non è neppure parte in causa.

6) Non esistono dubbi che l'appellante, rispetto ai rapporti che è andato a creare sul suo conto corrente n. 1497, sia personalmente responsabile per inadempimento. Va qui ribadito che il vantaggio che ne è derivato dalla negoziazione di titoli a lui "girati per sconto di favore", non lo esime comunque dalle responsabilità personali derivanti anche dall'essere il girante di quei medesimi titoli, poi tornati insoluti alla Banca Agricola Commerciale, per inadempienza dei debitori principali.

Neppure la girata di favore integra gli estremi richiesti dall'art. 19 del Codice Cambiario, e non può diventare girata per procura, o per mandato ovvero per l'incasso. Con la girata di favore rispetto ai terzi firmatari, cioè rispetto alla Banca appellata, si trasferisce la piena titolarità, e non soltanto l'esercizio di diritti inerenti al titolo. In proposito la giurisprudenza afferma che "l'eccezione di firma di favore può farsi valere solo tra favorito (chi ha conseguito la somma) e favorente (chi ha apposto la firma al solo scopo di far conseguire la somma) e non gli altri firmatari di un effetto cambiario" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 5 agosto 1939, nella causa n.53 dell'anno 1939, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p.100). Si deve pertanto escludere dal rapporto di favore, instaurato tra l'appellante e la s.a. Nuova Silsa, l'appellata Banca Agricola Commerciale, che è un terzo del tutto estraneo, al quale il suddetto rapporto di favore non è opponibile.

Ai fini del sorgere di obbligazioni di pagamento in capo al titolare del conto corrente, all'appellante sig. Angelo Spinalbelli, a nulla rileva dunque che si tratti di "girate per sconto di favore", che peraltro risultano essere state effettuate in tali forme, soltanto da una sua dichiarazione unilaterale (doc. n.13).

Esiste una presunzione di buona fede in favore della Banca Agricola Commerciale, che deve essere considerata, perché in via di semplice congettura, ma fondata sulle prove in atti, nulla vieta di pensare che le anzidette cessioni siano state girate dalla società all'appellante per ben altre ragioni, non ultima quella di un legittimo pagamento in suo favore. Per essere stato l'amministratore della società l'appellante ne avrebbe avuto pieno e legittimo titolo.

Dall'altro lato trattandosi di girate, che per confessione dell'appellante simulano soltanto un incasso in favore della s.a. Nuova Silsa, rispetto al terzo firmatario, quale è l'appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, si devono applicare i principi della simulazione relativa. Ma in questo caso, come è altrimenti noto, "si rimuovono le false apparenze e si considera solo l'atto in realtà posto in essere" (cfr. sentenza del Commissario della Legge del 31 maggio 1935, nella causa n.132 dell'anno 1934, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1935-1936, p.48), cioè si recupera a tutti gli effetti la semplice girata tra la s.a. Nuova Silsa e l'appellante, sig. Angelo Spinalbelli.

In conclusione percorrendo anche diverse indagini, cioè esaminando oltre al rapporto di conto corrente e dello sconto, anche quello che discende dal regime delle girate, si

perviene sempre alla stessa soluzione. Nei confronti del suo creditore, Banca Agricola Commerciale, il sig. Angelo Spinalbelli, girante di titoli posti allo sconto, è e resta civilmente obbligato ed è comunque solidalmente inadempiente solamente assieme agli obbligati principali, non assieme al suo girante, s.a. Nuova Silsa.

7) Il sig. Angelo Spinalbelli, a seguito del rapporto personale, instaurato con il suddetto conto corrente n. 1497, non va neppure ad integrare gli estremi soggettivi del terzo coobbligato con la s.a. Nuova Silsa, nei cui confronti con l'omologazione del concordato "cessa ogni azione per il recupero del residuo non soddisfatto" (cfr. T. C. Giannini, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, R.S.M. 1967, p. 157). Il sig. Angelo Spinalbelli in forza dell'operazione di sconto si è obbligato personalmente e, come non lo è in forza della girata, neanche in forza di questo rapporto è solidalmente obbligato con il soggetto, s.a. Nuova Silsa, verso la Banca Agricola Commerciale.

La categoria dei terzi coobbligati, ai quali si estendono gli effetti estintivi del concordato amichevole o giudiziale, presuppone nei coobbligati medesimi una responsabilità di natura solidale, che non consente più di agire nei loro confronti, essendo stata l'obbligazione solidale già soddisfatta in via di concordato. Una tale responsabilità solidale del terzo coobbligato, non è sicuramente quella che deriva dal contratto di sconto, ma non è neppure quella che si può invece attribuire alla figura del giratario in generale e, come si è già visto, al giratario di favore in particolare, che pone all'incasso titoli sul suo conto corrente.

**Il giratario di un titolo di credito, che è all'ordine, non è solidalmente obbligato con il suo girante, ma soltanto verso gli ulteriori e successivi giranti, per il caso in cui l'obbligato principale non paghi.** Così almeno è la giurisprudenza quando afferma che "l'art. 1 del Codice Cambiario dispone che chiunque firma una cambiale sia come traente, sia come girante, sia come avvallante è responsabile solidariamente verso il possessore della medesima della sua accettazione e del pagamento alla scadenza" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 5 giugno 1939, nella causa n. 42 dell'anno 1939, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 100). L'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, può ritenersi solidalmente obbligato con gli obbligati principali dei titoli posti allo sconto, non con il suo girante, s.a. Nuova Silsa.

8) La pronuncia di primo grado afferma che "oggi la pretesa della Banca può essere accolta solo per lo scoperto del conto n. 1479, garantito da pegno", che alla data del 30 settembre 1989 ammontava, con gli interessi alla somma di £.95.921.428=. La decisione deve essere pienamente confermata anche in questo grado di giudizio. Non si può infatti riconoscere il pagamento della somma di £.73.824.354=, comprensiva di interessi alla data del 30 settembre 1989, perché non costituisce un debito personale dell'appellante e perché già insinuata e pagata dal concordato con la s.a. Nuova Silsa.

L'appellante dichiara poi di aver versato consistenti somme alla appellata Banca Agricola Commerciale. In atti però è stata prodotta una sola prova, costituita da una fotocopia di un libretto al portatore n. 3885 rilasciato dalla Filiale di Dogana della Banca Agricola Commerciale e recante un saldo attivo di £.16.200.745= (cfr. doc. n. 11).

Sempre in atti è stata prodotta anche una dichiarazione dell'Avv. Luigi Lonfernini, nella quale si asserisce che il "libretto di deposito a risparmio della Banca Agricola Commerciale recante il saldo di £. 16.200.745=" è stato ritirato nell'interesse [...] della Banca Agricola Commerciale [...] come da accordi intervenuti" (cfr. doc. n. 11).

Nessuna prova è stata data degli intervenuti accordi: c'è però una prova, non sufficientemente contestata nel suo valore formale. La fotocopia del libretto n.3885 porta

la seguente annotazione “25 maggio 1988 - per estinzione Rosalba Spinalbelli”.

9) La sig.ra Rosalba Spinalbelli nel corso del giudizio di primo grado é stata ascoltata come testimone all'udienza dell'11 aprile 1991.

Come risulta dalla scrittura privata del 24 maggio 1988, allegata agli atti di causa, la sig.ra Rosalba Spinalbelli è l'acquirente del credito chirografario vantato dalla appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale, di £.579.313.023=, “verso la s.a. Nuova Silsa, già Silsa s.a.”, insinuato al concordato della stessa società.

Si dovrà anche dire che la suddetta cessione in favore della sig.ra Rosalba Spinalbelli risulta per dichiarazione del testimone Rag. Agostino Cevoli all'udienza del 20 dicembre 1990 nonché dalle dichiarazioni del testimone sig. Renato Cornacchia (cfr. doc. n.3), lo stesso che poi all'udienza dell'11 aprile 1991 asserisce come la “signora Spinalbelli [sia stata] amministratrice della predetta società” Nuova Silsa s.a.

Si devono spendere alcune considerazioni sulla inidoneità a rendere testimonianza della sig.ra Rosalba Spinalbelli. Tralasciamo che già dalla lettera del 7 luglio 1987, si ha il sospetto che la Sig.ra Rosalba Spinalbelli sia la figlia dell'appellante, Sig. Angelo Spinalbelli (cfr. doc. n. 12). La prova certa che la testimone è la figlia dell'appellante si ha nella sua dichiarazione resa a verbale all'udienza dell'11 aprile 1991.

10) Tre quindi sono gli aspetti secondo i quali deve essere esaminata la posizione della sig.ra Rosalba Spinalbelli, per conoscerne la sua idoneità a rendere testimonianza.

In primo luogo é quale Amministratore Unico della s.a. Nuova Silsa, per cui potrebbe anche ritenersi che ha interessi in causa. In secondo luogo come acquirente del credito dell'appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale: anche in questo caso alla testimone possono attribuirsi interessi in causa, perché l'acquisto, come risulta dagli atti di causa, era volto a favorire il concordato (cfr. la scrittura privata 24 maggio 1988) e quindi ad escludere o a ridurre i debiti della decotta società.

**In entrambi i casi l'affermazione dell' inidoneità di un tale teste é in applicazione della norma che rimette “alla coscienza del giudicante” la credibilità del testimone stesso (cfr.T.C. Giannini - F. Viroli, Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, R.S.M. 1967, p.70 e n.z) in conseguenza del principio, dedotto come fonte dal luogo D.32.6.10, che “nullus idoneus testis in re sua intelligitur”. Al contrario accogliendo invece la sua idoneità si contravverrebbe all'altro principio, fondamentale in materia, per cui “omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem submoverunt” - “le leggi negano a chiunque di far testimonianza in cosa propria”, come è affermato al luogo C.4.20.9 - perché la dottrina del diritto comune riconosce al testimone l'esercizio di un *munus publicum*.**

In terzo luogo invece è la sua condizione di figlia dell'appellante, sig. Angelo Spinalbelli, che per altra strada non consente di ritenere la sua testimonianza come idonea. Il principio è che i figli non possono essere testimoni contro i padri (cfr.T.C. Giannini - F. Viroli, Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, R.S.M. 1967, p.70 e n.s). Invero questo non è l'unico caso rilevante di inidoneità. Deve essere previsto per contrastare la presunzione che una testimonianza contraria agli interessi del padre farebbe fede per le stesse ragioni per cui fa fede una confessione.

**I figli però non possono mai essere sentiti, neppure in favore dei padri: il diritto comune si esprime in questo senso “filius pro patre non est idoneus testis [...] et de facto receptus, nedum non facit probationem, sed neque inditium” - “il figlio non è un testimone idoneo in favore del padre [...] e una revoca di fatto, a maggior ragione non costituisce una prova, ma neppure un indizio” (cfr. P. Caravita,**

Commentaria super pragmatica IIII, in Rubrica De falsis, in S. Roviti a Turturella, *Pragmaticarum Regni Neapolis commentaria*, ed Venetiis 1600, f.66ra nu. 203-204).

11) Sono queste le effettive ragioni in diritto per cui il Magistrato di primo grado non ha preso in considerazione l'istanza con la quale è stata richiesta la riduzione del debito. L'istanza non è fondata su prove idonee e sufficientemente convincenti.

Il libretto a risparmio, che è un titolo al portatore, è stato estinto dalla sig.ra Rosalba Spinalbelli, dimostrando così che ne ha avuto il pieno e incontrastato possesso, come risulta dalla stessa annotazione finale. Ed è con l'estinzione del libretto al portatore, che ha avuto luogo il pagamento della somma in esso contenuta al possessore del titolo, l'unica persona legittimata a riceverlo che è sempre la sig.ra Rosalba Spinalbelli. Allo stato degli atti non si può sostenere il contrario, che cioè prima il libretto è stato estinto e poi è stato consegnato in pagamento alla appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale.

E' anche evidente che la "destinazione della somma alla Banca Agricola Commerciale nella stessa giornata del ritiro della somma", che la testimone, sig.ra Rosalba Spinalbelli, pretende di avere eseguito, deve essere provata in ben altro modo, perlomeno con una ricevuta. A tal fine non sono sufficienti le sole ed unilaterali affermazioni di un testimone formalmente inidoneo, dato che l'altro testimone - il Curatore - ha dichiarato che "questa operazione di estinzione non è avvenuta in [sua] presenza".

Per l'esatta ricostruzione dei rapporti dedotti in giudizio deve dichiararsi che l'estinzione è poi avvenuta il 25 maggio 1988, cioè il giorno dopo l'acquisto del credito da parte della sig.ra Spinalbelli - il credito vantato dalla appellata Banca nei confronti della s.a. Nuova Silsa -, e non il 24 maggio 1988, come la testimone ha dichiarato a verbale. Il fatto - la data 25 maggio 1988 - ha una sua essenziale rilevanza, perché l'estinzione del libretto, che presuppone il pagamento della somma ivi depositata o una sua compensazione, è stata posta in essere dalla stessa testimone, sig. Rosalba Spinalbelli, quando erano ormai definiti i rapporti sulla cessione del credito con la appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale. Non c'è prova in atti che le somme siano state trattenute dall'appellata, s.a. Banca Agricola Commerciale o a lei versate "in pagamento - oltre la percentuale ufficiale del concordato". La dichiarazione di estinzione del libretto, resa il giorno dopo gli accordi, è semmai la prova del contrario.

In tutta questa operazione, relativa alla estinzione del libretto al portatore n.3885, c'è una ultima considerazione da esprimere, dalla quale ancora una volta emergono gli interessi della testimone.

La testimone, sig. Rosalba Spinalbelli, pretende di essere la mandataria di un pagamento da eseguirsi per conto del padre, l'appellante sig. Angelo Spinalbelli, relativamente a suoi debiti personali, quali sono quelli derivanti dal conto corrente n. 1497, oppure, come ha dichiarato la stessa testimone all'udienza dell'11 aprile 1991, "la somma era destinata ad estinguere passività esistenti al nome della s.a. Nuova Silsa, che si trovava in moratoria ed aveva già avanzato una proposta di concordato"? Se il pagamento è avvenuto nell'interesse dell'appellante, allora non né è stata data sufficiente prova; se si accoglie la dichiarazione della testimone, quanto è avvenuto è del tutto estraneo alle vicende di causa.

La detrazione richiesta dall'appellante non può, né poteva essere accolta. E anche su questo punto dedotto in grado di appello si deve confermare l'impugnata sentenza.

12) Seguendo il principio della soccombenza le spese e gli onorari del presente grado di giudizio vanno posti a carico della parte appellante, sig. Angelo Spinalbelli, a norma del § 272 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* e

saranno liquidati da S.S. Ill.ma il Commissario della Legge, *more solito*, con successivo e separato decreto, dopo l'esibizione della nota analitica delle spese e degli onorari da parte del procuratore della parte appellata (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n.245 dell'anno 1923, in Giurisprudenza Sammarinese, 1927, p.9).

#### 45.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 20 dicembre 1995, n. 24<sup>68</sup>.

Ditta Paganelli Rosa (Avv. Fabio Di Pasquale) : Ditta Alfa Lum (Avv. P.L. Bacciocchi)  
– Causa n. 273, anno 1990.

#### **Contratto di Agenzia – Recesso unilaterale per inadempimento dell'agente – Danni – Insussistenza.**

*Il contratto di agenzia è riconducibile nello schema del mandato.*

*La responsabilità del mandatario si può contrattualmente estendere anche alla colpa lievissima al momento della esecuzione.*

*E' fondata la risoluzione, essendo la disdetta del proponente intervenuta per l'inadempimento di un obbligo assunto dal mandatario.*

---

#### FATTO

La Ditta appellante, in persona della sig.ra Rosa Paganelli, in data 11 ottobre 1993 ha proposto appello avverso la riforma della sentenza di primo grado, pronunciata il 15 luglio 1993, per sentire “condannare la ditta Alfa Lum al pagamento in favore della ditta Paganelli Rosa delle seguenti somme: a) provvigioni di cui al conteggio n.18/9 del 30 dicembre 1989 per un importo di £. 1.272.080=; b) provvigioni di cui alle commesse n. 362.0073/0074/0075 e 0076 per £.393.525=; c) montaggio di cui alle commesse n.362.0068 e 0069 per £.52.857; d) risarcimento danni per l'inattività alla quale la ditta Paganelli veniva costretta dal recesso ingiustificato della ditta mandante, calcolato per un periodo pari a mesi dieci circa (1 febbraio - 6 dicembre 1990), sul reddito conseguito dalla Paganelli per la stessa attività esercitata nell'anno 1989 e pertanto pari a £.9.367.500=; e) al risarcimento danni morali in conseguenza della lesione al buon nome ed all'immagine sociale della Ditta Paganelli Rosa, con conseguente valutazione rimessa al prudente apprezzamento del Giudice adito. Con gli interessi legali dalla data dello scioglimento del contratto (31 gennaio 1990) al saldo e la rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo i consueti indici. Con vittoria di spese ed onorari del doppio grado di giudizio”.

Con istanza del 15 ottobre 1990 l'attrice appellante, Ditta Paganelli Rosa, ha avanzato

---

<sup>68</sup> Conferma la decisione di primo grado dell'8 luglio 1993, vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 99.



domanda affinché il Tribunale Commissariale “accertasse le inadempienze contrattuali della ditta convenuta”, individuata nella “ditta Alfa Lum, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede a Borgo Maggiore in Via XXVIII Luglio, n.212” e condannasse la medesima convenuta al pagamento delle somme già riportate, con gli interessi, svalutazione e con la condanna delle spese e onorari compresi.

L’ attrice appellante, Ditta Paganelli Rosa, in primo grado ha lamentato, che il 6 dicembre 1988 ha stipulato un contratto di rappresentanza con la ditta Alfa Lum, in persona del titolare sig. Michael Bruschi. Con tale contratto la Ditta Paganelli Rosa è stata nominata agente depositaria di tutti i prodotti “Alfa Lum di Bruschi Michael”, con il compito di procacciare e concludere affari nella zona di Macerata e provincia. Successivamente con raccomandata del 31 gennaio 1990, l’appellata, Ditta Alfa Lum, ha comunicato formale disdetta dal contratto, senza addurre motivazione e con diffida a contattare nuovi clienti e a stipulare contratti. Ha poi anche lamentato di non aver ricevuto le dovute spettanze, l’inadempimento dell’appellata, il pregiudizio consistente nel mancato guadagno dalla disdetta al 7 dicembre 1990, data della naturale scadenza del contratto.

Con successivo istanza di citazione la convenuta Alfa Lum di Michael Bruschi, in persona del suo titolare e legale rappresentante, ha richiesto la citazione “in opposizione ed in riconvenzionale”, dell’attrice, oggi appellante, Ditta Paganelli Rosa, per sentire dichiarare “infondata la pretesa avanzata, condannare al pagamento in favore della Ditta Alfa Lum di Michael Bruschi della somma di £.3.943.000” per commesse che erano già state pagate dai clienti, “oltre gli interessi e danni da svalutazione. Il tutto con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio”.

Con la già richiamata sentenza del 15 luglio 1993 è stata “accertata la legittimità del recesso unilaterale della convenuta ditta Alfa Lum dal contratto di agenzia con rappresentanza stipulato con l’attrice Paganelli Rosa” e non è stata accolta “la domanda spiegata dalla parte attrice”, così come è stata accolta la domanda avanzata in via riconvenzionale, dichiarandosi compensate per un quarto le spese e gli onorari di giudizio, mentre i restanti tre quarti sono stati posti a carico della attrice Ditta Paganelli Rosa.

La predetta sentenza però é stata tempestivamente e ritualmente impugnata dall’attrice, Ditta Paganelli Rosa, chiamando in giudizio la s.a. Alfa Lum, con sede a Borgo Maggiore, in Via XXVIII Luglio, n. 212 in persona del suo legale rappresentante.

Si è costituita in giudizio la s.a. Alfa Lum, rilevando in via preliminare la carenza di legittimazione passiva e chiedendo una preliminare pronuncia sull’eccezione. L’appellata ha dedotto in atti l’errore materiale nel quale è incorsa, dovendosi intendere citata la Ditta Alfa Lum e l’avversa parte ha desistito dall’eccezione.

Ha avuto così luogo l’ulteriore e nuova fase istruttoria del giudizio di appello, nel corso della quale durante il termine di controprova nell’interesse della parte appellata sono stati ammessi e sentiti testimoni.

Aperto il termine ad allegare, la causa é stata posta *pro servato*, e trasmessa al Giudice delle Appellazioni Civili per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto i due procuratori della parte appellante hanno concluso insistendo “nell’accoglimento delle conclusioni così come formulate nell’atto di citazione in appello”.

Il procuratore della parte appellata ha invece concluso chiedendo di “rigettare l’appello interposto in quanto destituito di ogni fondamento in fatto ed in diritto e di conseguenza confermare *in toto* l’impugnata sentenza. Il tutto con vittoria di spese e competenze del

presente grado”.

### DIRITTO

1) I tre punti dedotti in via di impugnativa dall'appellante, Ditta Paganelli Rosa, sono: l'erronea interpretazione delle clausole del contratto di rappresentanza, inerenti le obbligazione a carico dell'appellante e la conseguente erronea determinazione dell'inadempimento della appellata; l'erronea valutazione del materiale probatorio; l'erronea quantificazione delle spettanze richieste dalla appellata in via riconvenzionale.

Le parti in causa il 6 dicembre 1988 hanno concluso un contratto, a mezzo del quale l'attrice appellante, Ditta Rosa Paganelli, quale rappresentante e agente depositario dei prodotti Alfa Lum di Michael Bruschi nella zona di Macerata e provincia, si impegnava a procacciare, promuovere e concludere affari in nome e per conto della convenuta appellata, Ditta Alfa Lum. Nello stesso contratto la medesima agente e rappresentante, Ditta Paganelli Rosa, si é anche impegnata a promuovere la conclusione di contratti di vendita delle merci della Ditta Alfa Lum di Michael Bruschi, ricevendole in deposito ed effettuandone la consegna in esecuzione delle vendite effettuate.

Il suddetto contratto di rappresentanza é stato risolto a seguito di disdetta dello stesso proponente, Ditta Alfa Lum, con lettera raccomandata spedita il 31 gennaio 1990 e ricevuta il 6 febbraio 1990, contestando l'inadempimento della attrice appellante, Ditta Paganelli Rosa, che *ex adverso* respinge ogni addebito a lei mosso e richiede invece il risarcimento dei danni derivati dalla unilaterale risoluzione, che ritiene del tutto illegittima.

L'impugnata decisione pertanto ritenendo legittimo il recesso e quindi che anche l'inadempienza sia stata validamente contestata dalla proponente, ha attentamente valutato il contratto di agenzia, dopo aver individuato gli obblighi dell'agente e dopo aver verificato l'ipotesi di responsabilità per inadempimento, attribuita dal proponente, Ditta Alfa Lum, al medesimo agente, Ditta Paganelli Rosa.

2) L'appellante, relativamente al primo punto, deduce in via di impugnativa che per quanto riguarda il montaggio delle “controfinestre acquistate dai clienti Alfa Lum”, il contratto di agenzia non prevedeva che una tale obbligazione fosse a suo carico.

Relativamente invece al secondo punto dedotto, circa le risultanze probatorie apprezzabili, anche nelle loro contraddizioni - le testimonianze del sig.ri Innamorati e Guidi - sono semmai a favore di una prova che vuole il montaggio eseguito prima della data della raccomandata di disdetta. Ma l'inadempimento contestato dalla proponente, Ditta Alfa Lum, con la lettera di disdetta diretta all'appellante, Ditta Paganelli Rosa, ha riguardo al pagamento delle somme dovute nei confronti alle controfinestre vendute ai “clienti di cui al conteggio n.18/9”, non al semplice montaggio, che comunque incombeva alla appellante.

Il contratto, alla clausola n. 5, prevedeva che ai montatori il medesimo agente, Ditta Rosa Paganelli, pagasse una provvigione del 10% della fornitura, “facendo pervenire alla ditta mandante fattura quietanzata dagli stessi montatori intestata alla ditta mandataria”. E alla clausola n. 2 del medesimo contratto il rappresentante e agente depositaria, Ditta Paganelli Rosa, si era anche assunta l'obbligo di promuovere le vendite delle merci, e, patto particolarmente rilevante nel caso di specie, di effettuarne la consegna in esecuzione delle stesse vendite.

Deve pertanto essere osservato che esiste l'obbligo assunto dall'agente, Ditta Paganelli

Rosa, di effettuare la consegna della merce di cui è stata promossa la vendita, cioè di dar corso alla esecuzione della stessa vendita promossa. Trattandosi di vendita di “controfinestre” l’obbligo assunto dall’agente, comprende sicuramente anche l’obbligazione, definita accessoria in primo grado, relativa al montaggio delle stesse controfinestre.

**Nella giurisprudenza è già stato accertato che “habens enim mandatum ad aliquod factum dicitur etiam habere ad illud quod est annexum et dependens [...]. Et cui committuntur antecedentia censentur commissa etiam subsequenter” - “colui infatti che ha ricevuto un mandato a fare qualcosa si dice che ha avuto anche un mandato a fare ciò che è annesso e connesso [...]. E a chi sono state commesse le cose che precedono, si reputano commesse anche quelle che ne conseguono”** (cfr. Sacrae Romanae Rotae Decisionum recentiorum P. Rubeo selectarum, pars duodecima, ed Venetiis 1697, dec.202, nu.11). Il principio, che in tutti i commenti trova fondamento ai luoghi del D.3.3.56 e D.3.3.62, comunque era già noto al diritto comune come *communis opinio* della dottrina, ed é enunciato quasi nella stessa forma già riportata: “mandatum extenditur ad antecedentia, vel sequentia” - “il regime del mandato si estende alle cose che precedono e a quelle che seguono lo stesso mandato” (cfr. I. Bertachini, Repertorium, pars tertia, ed. Venetiis 1570, f.296va, nu.9).

3) Restando dunque, come vuole l’appellante, Ditta Paganelli Rosa, “unicamente ed indissolubilmente ancorati a quanto pattuito nel contratto di rappresentanza”, è proprio nell’esecuzione della vendita, alla quale la stessa mandataria si è volontariamente deputata con la clausola n. 2 del contratto, e in particolare negli obblighi che derivano dalla c.d. *traditio rei*, o meglio *traditio* delle controfinestre vendute, che la medesima agente appellante, si é obbligata ad eseguire anche il montaggio delle controfinestre.

La vendita di una controfinestra a dei semplici privati non avrebbe senso alcuno, se non fosse quanto meno montata nella sua sede opportuna, altrimenti sarebbe un manufatto inservibile per l’acquirente: prevedendo a carico dell’agente, Ditta Paganelli Rosa, l’obbligo accessorio di dare esecuzione alle vendite delle controfinestre, si è anche previsto l’impegno del loro montaggio. A tal fine trovano precisa collocazione le prove, peraltro ripetute, che il montaggio delle controfinestre è stato eseguito a cura del marito della titolare della Ditta appellante, perché è a lei, che in qualche modo contrattualmente incombeva il montaggio. A nulla rileva in proposito che si potesse anche servire di montatori indicati dalla ditta appellata Alfa Lum. **Va infatti allegato il principio che “mandatum de exequendo facto alicui, non potest alteri committi, etiam de consensu partium” - “il mandato ad eseguire un fatto di qualcuno, non può essere commesso ad altri, anche per consenso delle parti”** (cfr. I. Bertachini, Repertorium, pars tertia, ed. Venetiis 1570, f.297vb). Pertanto non si può far discendere il mancato pagamento delle controfinestre vendute - nel quale consiste l’inadempimento - dalle difficoltà incontrate nell’esecuzione del mandato ricevuto, e in particolare nel montaggio delle controfinestre stesse.

4) Una tale situazione che produce a carico dell’appellante l’obbligo del montaggio, definito in primo grado accessorio rispetto al contratto di agenzia, è la conseguenza diretta del **principio generale in tema di compravendita, per cui il “venditor tenetur transferre in emptorem, dominium, usumfructum et commodum rei venditae” - “venditore è tenuto a trasferire in capo al compratore, il dominio, l’usufrutto o la comodità della cosa venduta”** (cfr. L. Ferraris, Prompta biblioteca canonico, iuridica, tom. tertius, p.147, nu.4) o meglio perché “contractus est perfectus in substantialibus

[...] quando traditio fuit perfecta, et libera in omni sua parte, alias non dicitur facta executio contractus si pro parte tantum sit observatum, et non dicitur res tradita si non sit tradita in totum, et immune ab omni servitute et obligatione, cum defectu in minimo obstat” - “il contratto è perfetto nei suoi requisiti sostanziali [...] quando la consegna è stata perfetta e libera in ogni sua parte, altrimenti non si può affermare che è stata data esecuzione al contratto, se il contratto sia stato eseguito solo in parte, e non si afferma che la cosa è stata consegnata, se non è stata consegnata per l'intero, ed immune da ogni servitù e obbligazione, quando oppone il minimo difetto” (cfr. M.A. Sabelli, *Summa diversorum tractatum*, tom. quartus, § venditio, ed. Venetiis 1692, p.355, n.1).

Comunque non è soltanto in conseguenza della accertata situazione, che non è avvenuta “l'esecuzione del montaggio con riferimento a tutti i clienti del conteggio n. 18/9 alla data della disdetta contrattuale”, che si deve attribuire all'appellante, Ditta Paganelli Rosa, quell'inadempimento, che ha portato alla legittima risoluzione da parte del proponente il contratto di rappresentanza, Ditta Alfa Lum, a norma della clausola n.10 del contratto.

L'inadempienza della appellante, Ditta Paganelli Rosa, si fonda non solo sulla negligenza di non avere tempestivamente eseguito il montaggio delle controfinestre vendute ai “clienti di cui al conteggio n.18/9”, ma soprattutto nel non aver corrisposto nei termini previsti, gli importi delle fatture di cui al medesimo conteggio n.18/9, al momento dell'invio della disdetta.

Se la disdetta per inadempimento é stata inviata il 31 gennaio 1990, é provato in atti che i sig.ri Giuseppe D'Igino, Alessandro Innamorati e Bellesi “Giulio”, o meglio Lucio - “clienti di cui al conteggio n.18/9” - hanno pagato le controfinestre a loro vendute, rispettivamente il 15 febbraio 1990 e il 19 novembre 1990.

**5) Appare del tutto corretto ricondurre il contratto di agenzia nello schema del mandato - come è stato affermato in primo grado -, per la sua natura di attività “continuativa nell'interesse e per conto del proponente, che non si estrinseca in una opera o in un servizio, come avviene invece, nella locatio operis”.**

Afferma infatti la dottrina che “mandatarium et depositarium inter se non differre,[...], si agatur de eo depositario, qui depositum ultro se obtulit, quem placet culpam omnium prestare, et summam rei custodiendae adhibere diligentiam” - “**il mandatario e il depositario tra loro non differiscono, [...], se si é agito per quel depositario, che dall'altra parte si offrì per il deposito, che vuole dar sicurezza per ogni colpa e prestare somma diligenza nel custodire la cosa**” (cfr. L. Ferraris, *Prompta bibliotheca, canonica iuridica*, tomus quintus (K-M), ed Romae 1788, p. 219, nu. 24). **Infatti il mandatario è responsabile per gli obblighi che si è assunto in conseguenza del contratto stesso.**

**Da questo punto di vista la dottrina continua affermando che il mandante può essere tenuto non solamente per culpa lata**, perché a questa prima conclusione “obstant quedam leges, quibus traditum est, mandatarium, non tantum de dolo, sed culpa etiam nomine teneri. [...] Culpae autem nomine absolute positae significantur culpa levis” - “si oppongono alcune leggi, dalle quali è tramandato che il mandatario è tenuto non tanto a titolo di dolo, ma anche di colpa [...] Disposto incondizionatamente a titolo di colpa significa colpa lieve” (cfr. L. Ferraris, *Prompta bibliotheca, canonica iuridica*, tomus quintus (K-M), ed Romae 1788, p. 219, nu. 24).

**Ne discende che la responsabilità del mandatario si può contrattualmente estendere anche alla colpa lievissima nel momento della esecuzione, se in tal modo egli ha**

**contratto: “mandatarius tenetur de levissima culpa in exequendo mandato [...] etiamsi hic solius mandantis versetur utilitas” - “il mandatario nella esecuzione del mandato è tenuto per la colpa lievissima [...] ancorché questo rimanga nell’ambito dell’utilità del solo mandante”** (cfr. L. Ferraris, *Prompta bibliotheca, canonica iuridica*, tomus quintus (K-M), ed Romae 1788, p. 219, nu. 23). Ed è così che deve ritenersi fondata la risoluzione per inadempimento, siccome previsto da una clausola contrattuale, perché nel caso specifico la disdetta è intervenuta per la inadempienza nel pagamento delle controfinestre vendute.

L’inadempimento del mandatario previsto dalla clausola non deve poi considerarsi generico, ma si riferisce agli obblighi assunti con lo stesso contratto di mandato e rappresentanza. E’ stato fatto valere per l’inadempimento di un obbligo assunto dal mandatario, e quindi a lui è attribuibile anche a titolo di *culpa in exequendo mandato*.

6) In ogni caso la situazione, che si era determinata al tempo della disdetta - quale compare in atti dalle dichiarazioni della stessa titolare della ditta, Sig.ra Rosa Paganelli, che vorrebbe attribuire ogni responsabilità del montaggio delle controfinestre alla appellata Ditta Alfa Lum -, porta ugualmente ad una dichiarazione di intervenuta risoluzione del contratto.

L’appellante, non assumendosi più l’obbligo di eseguire o far eseguire il montaggio delle controfinestre, contrattualmente previsto a suo carico, o anche soltanto contestandolo, si colloca nella situazione per cui anche in forza dei principi generali sarebbe comunque da ritenere legittima perlomeno una revoca del mandato, perché “*mandatum revocatur, si procurator mutat conditionem in deterius*” - “il mandato si revoca se il procuratore muta la situazione in peggio” (cfr. I. Bertachini, *Repertorium, pars tertia*, ed. Venetiis 1570, f. 298vb, nu. 20).

Il mutamento provocato dall’appellante verso una *deterior condicio* nel contratto di mandato e rappresentanza stipulato, non può riguardare soltanto la posizione personale o soggettiva, che é stata assunta oppure può essere stata involontariamente assunta dal *procurator*, ma anche tutte quelle situazioni oggettive alle quali il medesimo *procurator* si è obbligato e che sono rilevanti nella esecuzione del contratto stesso.

La decisione di primo grado su entrambi i punti impugnati non può essere censurata, bensì totalmente confermata.

7) Sul terzo punto, relativo alla “erronea qualificazione delle spettanze richieste dalla ditta Alfa Lum in via riconvenzionale” si deve osservare che, ritenuta legittima la risoluzione da parte della Ditta proponente, non si vede per quale ragione l’appellante avrebbe dovuto trattenere presso di sé, “quale acconto sul maggiore danno subito per effetto dell’illegittimo recesso”, la somma complessiva di £.1.878.000, pagata dai signori Ascenzi, Anselmi e Scipioni.

Per quanto invece riguarda la somma di £. 3.686.400= dovute in ragione delle controfinestre vendute ai signori D’ Igino, Bellesi e Innamorati, le relative somme sono state riscosse dal sig. Franco Patalocchi, che è stato sentito come testimone. In quella sede ha affermato dapprima di aver riscosso le somme per conto dell’appellata, Ditta Rosa Paganelli, poi di averle incassate e trattenute presso di sé. Indipendentemente dalle sue dichiarazioni, peraltro contraddittorie, è l’ appellante, Ditta Paganelli Rosa, che è tenuta al pagamento delle suddette somme per le controfinestre di cui ha promosso, non senza la riconosciuta negligenza, la vendita, con tutti gli obblighi accessori che ne sarebbero conseguiti e, al momento della disdetta, non ancora adempiuti.

Nulla é stato richiesto in via di riconvenzione per le vendite promosse nei confronti del

cliente Aldo Esposti, di cui é stata prodotta ricevuta a saldo. Il totale delle cifre esposte nel “conteggio n.18/9”, tiene in considerazione il dovuto per provvigione, ritenuta d’acconto, montaggio e Iva e, detratti il pagamento del cliente sig. Esposti, ammonterebbe a £.4.366.958=. L’appellata Ditta Alfa Lum ha chiesto la conferma dell’impugnata sentenza, che accogliendo la domanda spiegata in via riconvenzionale ha condannato l’attrice appellata, Ditta Paganelli Rosa, soltanto al pagamento della somma di £.3.943.000=, con gli interessi alla legale ragione e la svalutazione monetaria. Anche questo terzo punto di impugnativa non può essere accolto e la sentenza di primo grado merita totale accoglimento per la condanna alla suddetta cifra di £.3.943.000=, richiesta in primo grado dall’appellata, Ditta Alfa Lum, e per le spese ed onorari di quel grado di giudizio.

8) Le spese ed onorari del presente grado di giudizio devono essere posti totalmente a carico della parte appellante, Ditta Paganelli Rosa, costituita in giudizio in persona della sua titolare, in forza della sua soccombenza, siccome previsto dal § 272 della Rub.XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* e saranno liquidate da S.S. Ill.ma il Commissario della Legge, *more solito*, con successivo e separato decreto, dopo l’esibizione della nota analitica delle spese e degli onorari da parte dei procuratori della attrice appellata (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell’anno 1923, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1927, p.9).

#### 46.

Giudice delle Appellazioni (Prof. Piero Gualtieri), 21 dicembre 1995, n. 28<sup>69</sup>.

Confederazione Sammarinese del Lavoro – C.S.d.L., Confederazione Democratica dei Lavoratori Sammarinesi – C.D.L.S. (Avv. R Bonelli) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino, Istituto per la Sicurezza Sociale, A.A.S.S., A.A.S.P. e A.F.N.S. (Avv.ti G.B. Busignani e L. Daniele) – Causa n. 171, anno 1985.

**Amministrazione Pubblica – Impiego pubblico – Competenza – Organizzazioni sindacali – Legittimazione processuale – Limiti e condizioni.**

*La rivendicazione concernente un diritto soggettivo dei pubblici dipendenti, anteriormente all’entrata in vigore della legge 28 giugno 1989 n. 68, apparteneva alla competenza del giudice ordinario.*

*Esaurita la procedura di inquadramento dei dipendenti, è cessato ogni potere di intervento diretto in materia delle organizzazioni sindacali.*

---

(omissis)

---

<sup>69</sup> Riforma la decisione di primo grado del 18 ottobre 1989, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, p.1566 s..

---

**SEZIONE TERZA – DECISIONI DI PRIMO GRADO**

---

**1.**

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 11 gennaio 1991.

Procedura di concordato dei creditori di Pedini Fabio ed altri (Avv. G.B.Reffi): Pedini Fabio ed altri (Avv. G.B. Busignani e Avv. G. Giardi) – Causa n. 76, anno 1989.

**Concordato: azione revocatoria – proponibilità.**

**Documento – Produzione “in manica” – Riapertura dell’istruttoria.**

*Al di fuori del termine previsto dalla legge, cioè dell’anno anteriore all’apertura del giudizio, il curatore del concordato non è proprio legittimato a proporre azioni revocatorie di nessun tipo.*

*La “ratio” che giustifica la produzione “in manica” è solo e soltanto di economia processuale, qualora il documento sia manifestamente decisivo.*

---

**FATTO**

Con istanza depositata il 3 marzo 1989 l’attore, nella sua qualifica, ha chiamato in causa i convenuti per sentir “dichiarare che le cessioni di cui a premessa ai vari titoli avvenute e di cui all’atto pubblico Notaio Walter Albertini in data 28 ottobre 1987, registrato in data 24 novembre 1987, n°. 3296, vol. 194 del Registro di formalità, devono considerare nulle e di nessun effetto e quindi revocate *iuris et de iure*” con la “vittoria di spese ed onorari”.

Assume l’attore che il Sig. Fabio Pedini, con atto pubblico in data 28 ottobre 1987 del Notaio Pubblico dr. Walter Albertini, registrato il 24 novembre 1987 al n°. 3296, Vol.194 del Registro di Formalità, limitatamente alla nuda proprietà, ha donato ai nipoti Michele e Chiara Macina i due quinti, e ha ceduto in antiparte ai figli Francesco Pedini Amati, Federico Pedini Amati e Fabiana Pedini Amati i tre quinti, degli immobili così descritti al catasto fabbricati F.48, n°. 84 sub.1, Cat.D/7 e n°.84 sub 2, Cat.A/5, cl.2, V.u.3 e degli immobili così descritti al catasto terreni F. 48, n.i 85, 94, 3 36, 337, 105, 151, 104 e F.35 n.i 168, 169, 115 di totale ha.5.26.40, l’usufrutto dei quali, con lo stesso atto, é stato invece donato alla madre Amati Anna Maria.

Assume altresì l’attore che le predette alienazioni si devono ritenere nulle e di nessun effetto e pertanto oggetto di revocatoria in ragione della forma e del tempo in cui sono avvenute.

Riprodotta regolarmente la citazione nell’interesse dell’attore, si sono costituite le parti convenute e, dopo l’ammissione del documento prodotto, la parte attrice ha rinunciato ai termini di prova in suo favore.

Nel termine di controprova é stata ammessa con riserva la testimonianza del notaio rogante, successivamente resa in data diversa da quella stabilita con decreto e notificata alle parti, e per di più senza la presenza delle procure convenute.

La procura dell'attore ha chiesto l'apertura del termine ad allegare. Dopo l'irrotulazione la causa è stata posta "pro servato" e trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto la procura della parte attrice ha così concluso: "che sia dichiarata con la revocatoria la nullità dell'atto Notaio W.Albertini in data 27 ottobre 1987 di cui sopra in quanto: sia la cessione in antiparte sia la donazione sono state disposte ritenuti i tempi, la situazione debitoria del Pedini, il coinvolgimento nella stessa degli altri soggetti contraenti, lo stretto rapporto di parentela dei soggetti, il beneficio di altri familiari ed il danno dei creditori, sono state realizzate nella consapevolezza di un atto di approfittamento in relazione al quadro finanziario diffusamente noto e per sottrarre beni ad una conclusione dall'esito negativo facilmente prevedibile: con l'aggravamento particolare, per quanto si riferisce alla donazione, che essa risulta fatta in privazione della ratifica giudiziaria della insinuazione. Ne consegue che i beni immobiliari e mobiliari di cui trattasi o comunque compresi indistintamente nelle cessioni vengano dichiarati rientranti nella massa attiva concorsuale", con vittoria delle spese ed onorari di giudizio analiticamente precisati nella somma complessiva di £.6.490.000=. Nelle stesse memorie sono stati allegati in manica quattro documenti di cui i primi due sono fideiussioni rilasciate dal Dr.Pedini, dalla sig.ra Anna Maria Amati e dalla sig.ra Tentoni Claudia in favore della Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, il terzo è un atto di fideiussione rilasciato dalla sig.ra Raffaella Pedini sempre in favore della Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, ed il quarto è una richiesta di insinuazione nella procedura di concordato in favore della Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino.

La procura dei convenuti coniugi Pedini e della Sig.ra Anna Maria Amati, ved. Pedini, ha invece così concluso: "respingere l'istanza del Procuratore del Concordato sia per la sua intrinseca nullità perché improponibile, sia perché la revocatoria, tanto che la si consideri ordinaria che fallimentare, priva di ogni fondamento per assenza dei requisiti che ne presuppongono l'applicabilità, il tutto con addebito di spese ed onorari di causa".

La procura dei coniugi Macina ha infine così concluso: "si chiede che la citazione sia respinta in toto e siano poste a carico della parte attrice spese ed onorari di causa".

Con sentenza interlocutoria dell'11 gennaio 1990 è stata "sospesa ogni pronuncia in merito e nelle spese" ed è stata riaperta "l'istruttoria, assegnando alla parte attrice un termine di una udienza per produrre regolarmente i documenti, già presentati "in manica" ed assegnando il solito termine reprobatorio alle parti convenute per controdedurre, nonché assegnando un nuovo termine ad allegare".

Con istanza del 14 marzo 1991 il procuratore dell'attore, preso atto della emanata sentenza interlocutoria ha riassunto la causa citando i convenuti "per ivi sentir dichiarare, in ripresa del giudizio, la nullità dell'atto pubblico Notaio Walter Albertini del 28 ottobre 1987, registrato il 24 novembre 1987 al n. 3296, vol. 194 comportante cessione ai vari titoli dell'immobile distinto a catasto fabbricati f. 48, n. 84 sub 1, e n. 84 sub 2 e Catasto Terreni f. 48, n. 85, 94, 336, 337, 105, 151, 104 e f. 35, n.168,169, 115, sito in Faetano. Il tutto con vittoria di onorari e spese".

All'udienza del 2 maggio 1991 la procura della parte attrice ha prodotto i documenti, mentre la procura dei convenuti coniugi Pedini e Tentoni, esercenti la patria potestà sui figli minori, hanno prodotto ulteriori documenti insistendo per la loro ammissione. Tali documenti sono stati ammessi con riserva, perché presentati dopo la scadenza del termine reprobatorio; si deve dichiarare che possono essere ammessi.



Aperto il termine ad allegare la causa è stata poi posta *pro servato* e trattenuta per la decisione.

Il procuratore dell'attore ha concluso chiedendo "sentenza conforme a quanto già richiesto con le memorie e l'istanza a suo tempo disposte".

Il procuratore dei convenuti coniugi Pedini e Tentoni ha richiamato "quanto già eccepito in memoria conclusionale e osservate nella comparsa in data 3 dicembre 1991".

Il procuratore dei convenuti coniugi Macina e Pedini si è richiamata alle allegazioni già presentate e depositate in atti il 17 settembre 1990 e il 26 settembre 1991.

## DIRITTO

**1) In via pregiudiziale si eccepisce nell'interesse dei convenuti la legittimazione attiva del procuratore del concordato di intraprendere azioni giudiziarie di revoca di atti di disposizione di beni immobili posti in essere dal proponente il concordato stesso.**

L'istanza di citazione è stata infatti depositata esercitando un mandato tacito conferito dal Procuratore del Concordato tra i creditori del Dr. Fabio Pedini.

Inoltre si eccepisce che la nullità è stata invocata per "le forme ed il tempo" dell'atto, appellandosi quindi al secondo comma dell'art. 3 della Legge 15 novembre 1917, n. 17, ove è detto che "ogni alienazione, gratuita ed onerosa, dei beni ceduti posteriore all'apertura del concorso è nulla di pieno diritto; e se anteriore di un anno, è pure nulla l'alienazione gratuita; e se onerosa, è inefficace per frode presunta ove danneggi le ragioni dei creditori, a meno che il terzo non provi la sua buona fede e cioè di non aver sfruttato a proprio vantaggio il dissesto dell'altro contraente".

**L'eccezione è fondata e può essere accolta.**

Se si deve stare agli atti di causa, in attuazione del principio che *iuxta probata ed allegata partium iudex iudicare debet*, nonostante la produzione serotina da parte del procuratore dell'attore, che ha portato alla pronuncia interlocutoria e ha costretto alla riapertura degli atti rimettendoli in istruttoria, dopo aver esercitato una rinuncia dei termini di prova in suo favore, **non risulta che sia stata data la prova che nei confronti dei convenuti è stato aperto un concorso di creditori, ma solo un concordato.** Soprattutto non risulta, perché - ripeto - non ne è stata data alcuna prova, che sia stato aperto un concorso dei creditori nei confronti del cedente e donante Sig. Fabio Pedini.

Come è già stato detto sempre in via interlocutoria - e non è stato impugnato - è improbabile, anzi inammissibile al giudicante la consultazione di altri fascicoli processuali, che avrebbero dovuto essere espressamente prodotti o allegati agli atti di causa dalla parte attrice.

Nel caso poi non si può far ricorso alla categoria del notorio, perché tutti i documenti prodotti in causa fanno costante riferimento soltanto alla "procedura di concordato fra i creditori del Dott. Fabio Pedini e della Sotecs s.a. di San Marino, della Sotecs s.r.l. e della Società di Ingegneria Geotecnica s.r.l. di Montemaggio di San Leo".

**2) Eccepisce il procuratore dei convenuti Macina e Pedini che il procuratore del concordato giudiziale non può esperire azioni revocatorie, perché secondo una decisione ormai consolidata "l'ultima parte dell'Art. 3 della Legge 15 novembre 1917 si applica in favore della massa dei creditori in caso di concorso tra di essi e non in favore del dissestato in caso di raggiunto concordato"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 26 luglio 1934 nella causa n.32 dell'anno 1934, in

Giurisprudenza Sammarinese, 1933 e 1934, p.92). **L'indirizzo è stato recepito dalla dottrina, dato che si ritiene che lo stato di dissesto e la massa dei creditori, che presuppone l'allegata norma, vengono a mancare nel caso in cui si raggiunga il concordato. Ed è in favore di situazioni di dissesto e della massa dei creditori - sempre secondo la dottrina - che sono prescritte le nullità di cui all'art. 3** (cfr. T.C.Giannini - F.Viroli, Sommario di procedura giudiziaria sammarinese, R.S.M. 1967, p.156).

In problema vero è che dagli atti di causa nulla è dato sapere sull'esito del concordato, peraltro sicuramente aperto per la presenza in causa del suo Procuratore. Né è dato di saperlo altrimenti, fuori dagli atti di causa, per cui si deve forzatamente, quanto inopinatamente concludere che il procuratore del concordato, come tale e nella veste in cui ha proposto l'azione, non avrebbe potuto proporla in forza dell'ultimo comma dell'art. 3 della citata legge.

3) Si è già affermato in via interlocutoria che la parte attrice con l'originaria istanza di citazione "ha esercitato una azione revocatoria, non altrimenti qualificata in quel momento processuale, se non contestando alle parti convenute soltanto la nullità di atti ed effetti di cui chiede una generica revoca *iuris et de iure*".

Né l'azione esperita ha ricevuto migliore qualificazione dopo le finali allegazioni in diritto quando la stessa parte attrice ha affermato che "l'azione posta in essere dal procuratore del concordato cade esattamente nel suo compito di registrazione, controllo e di recupero dei beni", oppure quando "la situazione determinatasi col ricorso di concordato e con i provvedimenti relativi risulta poi definitivamente assorbita dalla dichiarazione 8 maggio 1989 del Tribunale Commissariale che apre a carico del Pedini il concorso fra i creditori".

Secondo quanto è stato prodotto in atti l'atto del Notaio Avv. Walter Albertini, rogato il 28 ottobre 1987, è stato registrato il 24 novembre 1987 al n. 3296, vol 194 del Registro di formalità.

Ora se è vero, come unilateralmente dichiara in atti il procuratore della parte attrice, che il concorso dei creditori è stato aperto il giorno 8 maggio 1989, considerata la data di registrazione dell'atto impugnato, che ha sicuro valore nei confronti dei terzi, si deve dire che siamo notevolmente fuori dal termine di un anno prescritto per dichiarare la nullità della alienazione gratuita a norma del citato secondo comma dell'art. 3.

Volendo qualificare l'azione esercitata come azione revocatoria a sensi dell'ultimo comma suddetto articolo 3, il termine utile per poterla esercitare spirava esattamente il giorno 25 novembre 1988. Anche ammettendo che il procuratore del concordato dei creditori possa essere stato legittimato a proporre la suddetta azione revocatoria, perché poi il concordato non ha avuto esito positivo, l'istanza di citazione, depositata il 3 marzo 1988, sarebbe stata ugualmente intempestiva.

Né diverse argomentazioni possono ammettersi per dimostrare il *consilium fraudis* e quindi l'inefficacia delle alienazioni effettuate, come vorrebbe la procura dell'attore, perché, anche in questo caso il termine, entro cui devono essere state perfezionate le c.d. "alienazioni", peraltro questa volta onerose, è sempre identico. Anzi questa ipotesi, così come viene invocata, proprio perché non è onerosa, non è neppure applicabile.

A tal fine la documentazione prodotta dalla parte attrice con la produzione in manica non è sufficientemente persuasiva, perché semmai è da ritenersi dimostrativa del credito che a quella data il convenuto Dott. Fabio Pedini aveva presso gli istituti bancari.

4) Il problema che resta è se il procuratore del concordato sia anche legittimato a proporre azione contro quella parte dell'atto, che è da ritenersi come donazione non insinuata nel termine perentorio dei successivi sei mesi: anche questa infine risulta essere l'azione proposta dall'attore, secondo quanto si rivela alla lettura delle finali allegazioni in diritto.

Tornando in generale sulla legittimazione del curatore, in dottrina è affermato che "in un giudizio esteso a tutti i cittadini, siano o non commercianti, i quali, di regola, fanno debiti senza scadenza perentoria, parve miglior consiglio, seguendo una tendenza dottrinale che finirà per prevalere, di fissare legislativamente il periodo critico o sospetto: e lo si determinò all'anno anteriore all'apertura del giudizio. Se in questo periodo il debitore compie liberalità inadeguate all'entità del suo patrimonio, esse sono senz'altro nulle, perché offendono le ragioni dei creditori: *nemo liberalis, nisi liberatus*" (cfr. L. Bolaffio, Relazione alla Legge 15 novembre 1917 sulla cessione dei beni ai creditori, sul concordato e sul concorso dei creditori, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964, p.249).

**Si può perciò concludere che al di fuori del termine previsto dalla legge, cioè "dell'anno anteriore all'apertura del giudizio", il curatore del concordato non è proprio legittimato a proporre azioni revocatorie di nessun tipo.**

Resta soltanto la possibilità in linea di principio di far valere in giudizio la carenza della formalità della donazione, cioè di quel contratto che è stato definito come "mera quaedam liberalitas, quae nullo iure cogente fit, sed ex sola liberalitate et munificentia donantis procedit" (Johannes Oinotomus, In quatuor Institutionum Imperialium Iustiniani Imperatoris libros commentarii, Lib.3, tit.7, n.3, ed. Venetiis 1621), quando questa è avvenuta in tempi non sospetti secondo la legge, e cioè oltre il termine "dell'anno anteriore all'apertura del giudizio".

Nel caso di specie poi almeno tre, dei quattro requisiti richiesti - come la presenza di testimoni, la chiara manifestazione di volontà e che l'atto non comprende l'universalità dei beni del donante - sono presenti. Manca solo la formalità della successiva insinuazione *apud acta iudicis*, quale si ritiene prescritta "nelle leggi di Giustiniano" - per la precisione in forza di a C.8.53 (54).34 -, passate poi attraverso un complesso sistema di fonti, già ampiamente e recentemente indagato in dottrina, nell'Ordinamento Sammarinese. Comunque oggi tale formalità si ritiene recepita nel diritto comune e si considera ormai vigente a San Marino (cfr. R. Bonelli, La donazione giurata nel diritto comune e in San Marino, R.S.M. 1979, p.15).

Esaminata però la natura dell'atto impugnato si deve accertare che è stata ceduta in antiparte ai tre figli minori la nuda proprietà di una parte di un bene - tre quinti - e si è contestualmente costituito un usufrutto sull'intero bene in favore della madre del cedente. Con lo stesso atto è stata donata un'altra parte - i restanti due quinti - dello stesso bene in favore dei suoi due nipoti, fermo restando l'usufrutto vita natural durante già costituito sempre in favore della madre.

**Certamente il curatore del concordato non sembra legittimato neppure a proporre azione per carenza della formalità della insinuazione nei confronti della "donazione o assegnazione dei beni, fatta dal padre ai figli, preventivamente alla morte, purché tale assegnazione non ecceda la legittima", perché, proprio in questo caso, come è stato affermato, non è necessaria alcuna insinuazione** (cfr. F. Viroli, L'insinuazione della donazione, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1965, p.277).

Orbene dagli atti di causa non risulta che l'impugnata cessione in antiparte dei diritti di nuda proprietà ai tre figli minori in ragione dei tre quinti dell'intero, peraltro posta in essere al di fuori dei termini di un anno dall'apertura del concordato, abbia ecceduto la quota di legittima dei beni, che in quel momento appartenevano al cedente.

E pertanto il curatore, proponendo l'azione, non potrebbe neppure richiedere la nullità dell'atto di donazione perché non insinuata, in quanto trattasi di un caso nel quale non è comunque richiesta la formalità della insinuazione.

**Per la stessa ragione il curatore non sembra legittimato neppure in un altro caso, che è poi quello della donazione “fatta ob causam quae respiciat commodum donantis, per causa cioè che escluda la liberalità della donazione stessa, non potendosi questa considerare donazione semplice ma impropria”** (cfr. F. Viroli, L'insinuazione della donazione, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1965, p.277).

Ma, dato che parte della nuda proprietà del bene dell'attore era già stata legittimamente trasferita con la cessione in antiparte ai figli, è proprio questo il caso in cui, con quell'atto, solo rispettando la forma della donazione come ivi si dichiara, è stato invece costituito l'usufrutto vita natural durante della madre.

In ogni caso **la giurisprudenza ha stabilito che “il diritto comune [...] presume avvenuto pietatis vel benevolentiae causa tutto ciò che, spontaneamente e liberamente, è stato dato o fatto a favore di persona stretta da forti vincoli di parentela e nega, di conseguenza, l'azione di rimborso, perché ogni beneficio deve portare giovamento e non indurre in inganno”** (cfr. sentenza del Commissario della Legge del 2 settembre 1937 nella causa n.62 dell'anno 1936, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p.64).

Si ritiene pertanto che **per questa parte, relativa alla costituzione dell'usufrutto in favore della madre del donante, l'atto debba considerarsi una donazione impropria, che per sua natura non richiede alcuna insinuazione.** In realtà siamo soltanto in presenza di un vero e proprio atto di costituzione di usufrutto a favore di un genitore, costituito a titolo gratuito, sopra un bene di cui l'attore si era già parzialmente disfatto, perché legittimante ceduto in antiparte ai figli minori.

**5) Cade però sotto gli effetti della carenza della formalità della insinuazione quella parte dell'atto con il quale si costituisce donazione in favore dei nipoti ex sorore,** e cioè relativamente all'atto di liberalità con la quale il donante, Dott. Fabio Pedini, ha loro trasferito i due quinti di nuda proprietà ai nipoti.

Nei loro confronti la donazione per essere valida doveva essere insinuata, perché come è stato detto la “practica insinuationis faciendae est quod donatio redigatur ad scripturam et postea coram iudice publicetur et registretur apud acta” (cfr. I. Clarus, *Opera iuridica*, lib.IV, § Donatio, Qaest.XV).

Il termine perentorio dell'insinuazione *apud acta iudicis* é da ritenersi ampiamente decorso, perché é di sei mesi, così come si trova prescritto nello Statuto di Roma e nell'art. 50 del Regolamento Legislativo e Giudiziario del 10 novembre 1834, fonti dalle quali, viene fatto derivare, e che deve osservarsi anche a San Marino per procedere alla formalità essenziale della insinuazione (cfr. F.Viroli, L'insinuazione della donazione, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1965, p.277).

Le spese e gli onorari di giudizio seguono il principio della soccombenza e conseguentemente devono essere parzialmente compensate tra le parti e gravare solo per due sestimi sui due nipoti soccombenti.

**2.**

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 11 gennaio 1991.

Fiorini Giuseppe, Berardi Giorgio e Roberto, Amici Giuseppe (Avv. G.L. Berti) : Della Valle Giovanni e Sandro (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 237, anno 1988.

**Contratto – Inadempimento – “Exceptio non adimpleti contractus” o “non rite impleti contractus”.**

*Nell’adempimento di una obbligazione il creditore non può essere costretto ad accettare una prestazione diversa da quella dovutagli.*

*“L’exceptio non adimpleti contractus” o anche “non rite impleti contractus” è eccezione di carattere dilatorio; essa paralizza quindi soltanto temporaneamente l’azione, e deve decidersi unitamente al merito.*

---

(omissis)

**3.**

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 29 gennaio 1991.

Ditta Spazio (Avv. G.M. Marcucci) : Tecnodeca S.A. (Avv. G. Micheloni) – Causa n. 257, anno 1986.

**Contratto di appalto – Azione di responsabilità.  
Perizia.**

*Il contratto di appalto va compreso nello schema tipico della “locatio operis faciendi”. L’appaltatore mantiene autonomia in ordine alle modalità di esecuzione dell’opera, pertanto può incorrere in responsabilità ove contravvenga alle regole dell’arte sua.*

---

**FATTO E DIRITTO**

Con contratto di appalto stipulato in data 2 aprile 1986 la Ditta Spazio si impegnò a fornire i materiali necessari ed ad eseguire le opere di installazione nella sede della S.A. Tecnodeca di controsoffitti metallici ed in fibra minerale, con i relativi accessori, di pareti mobili corredate di porte scorrevoli e fisse. Al termine dei lavori, la S.A. Tecnodeca, adducendo vizi, difetti, mancanze varie nelle opere eseguite rifiutò di provvedere al pagamento di quanto dovuto alla Ditta Spazio anche relativamente alle opere non contestate. Pertanto la Ditta Spazio instaurò il presente giudizio per sentire

condannare la S.A. Tecnodeca al pagamento della complessiva somma di £. 61.921.375=, dei relativi interessi, delle spese e degli onorari del giudizio. Il procedimento si svolse regolarmente con produzione di documenti da parte di ambedue le parti in causa, con prove testimoniali, con l'esecuzione di perizia giudiziaria affidata all'arch. Wladimiro Quadrelli. Nel corso del giudizio e nella memoria conclusionale, il procuratore della convenuta S.A. Tecnodeca, per contrastare la pretesa attrice, pur riconoscendo che tra le parti in causa è stato stipulato un contratto di appalto, pretende di voler avvalersi delle azioni di nullità o di rescissione *ex empto* ovvero dell'azione redibitoria. Il procuratore stesso, a sostegno della propria tesi, cita le sentenze di primo grado 8 aprile 1968 (*Giur. Samm.*, 1964-1969, pag.389) che riguarda la compravendita di orzo da semina non germinato e 8 gennaio 1936 (*Giur. Samm.*, 1933-1934, pag.111) avente ad oggetto la compravendita di un apparecchio radio non funzionante.

A fronte del singolare equivoco in cui è incorso il procuratore di parte convenuta occorre anzitutto, ai fini di una corretta impostazione e decisione della causa, precisare **i principi che, nel diritto romano comune, regolano la responsabilità contrattuale dell'artefice nei confronti del committente.**

**Il contratto con cui un imprenditore assume verso il committente l'obbligo di eseguire una ben specifica e determinata prestazione, contro corrispettivo determinato, fu dalla giurisprudenza romana ricondotto allo schema tipico della locazione-conduzione e precisamente alla figura della *locatio operis faciendi*, in cui *locator operis* è il committente e *conductor operis* è l'imprenditore o assuntore dell'opera. La determinazione della responsabilità di quest'ultimo, in caso di rovina o danneggiamento dell'*opus*, fu oggetto di una *vexata quaestio* per i giuristi classici, in rapporto alla fattispecie in cui si fosse verificato un evento dipendente dal fatto a lui imputabile, ovvero da caso fortuito o di forza maggiore, ovvero dalle particolari condizioni dell'opera o dei materiali consegnati dal proprietario committente dell'opera stessa.**

Tra i giuristi non mancò la tendenza ad applicare alla *locatio operis* lo stesso principio regolatore del *periculum rei* nella compravendita, attribuendo il rischio di perimento o danneggiamento al *conductor* in corso d'opera ed al *locator* nel tempo successivo alla consegna dell'opera eseguita o alla sua accettazione (salva la responsabilità per vizi redibitori). Questo principio tuttavia poteva ovviamente applicarsi per una serie di fattispecie (come ad esempio quella del sarto obbligato a confezionare una veste) non già a diverse fattispecie, nelle quale sarebbe stato del tutto arbitrario ed iniquo fare esclusivo riferimento al momento della consegna o dell'accettazione. Così nel caso dell'artefice incaricato di lavorare o scolpire una gemma, che si fosse spezzata nella lavorazione, fu ritenuto che l'artefice fosse responsabile solo per la rottura imputabile alla *imperitia facientis* e non per quella dipendente da *vitium materiae* (salvo che egli si fosse espressamente assunto anche questo rischio) come dichiara la legge 13 par. 5 Fid. 19,2 di Ulpiano.

**A prescindere dall'ipotesi di *vis maior*, rimane ferma la responsabilità dell'artefice che per negligenza, imperizia o inosservanza delle regole dell'arte sua, non abbia provveduto ad accertare il vizio riconoscibile nel corso del lavoro ed attuare tutti i rimedi tecnici necessari per emendare o eliminare i difetti del materiale fornitogli dal committente. Principio acquisito ed indiscusso è quello per cui chi sostiene l'esistenza di vizi deve darne la specificazione e la prova.**

**Altro principio è quello per cui rientra nell'economia del contratto che nell'esecuzione dell'opera l'appaltatore goda di una certa autonomia di fronte al committente.** Egli infatti, insieme al compito principale di eseguire l'opera commissionata, assume quello di fornire i mezzi necessari quali le materie prime, le attrezzature, il lavoro; in conseguenza deve essere arbitro della gestione e dell'organizzazione dei lavori. **Ma rientra egualmente nella struttura del rapporto l'ingerenza del committente nella fase esecutiva dei lavori. L'appalto è infatti un tipico contratto di risultato, tende cioè alla realizzazione di un'opera che deve soddisfare a particolari esigenze del committente, nell'interesse del quale in definitiva è prodotta. Discende da ciò che quest'ultimo:**

**1) abbia il potere di verificare che lo svolgimento dei lavori proceda secondo le condizioni stabilite nel contratto e a regola d'arte;**

**2) abbia la facoltà di apportare unilateralmente variazioni al progetto.**

**Tuttavia, per quanto penetrante ed esclusivo, il controllo del committente non esclude affatto l'appalto, ma ne condiziona indubbiamente il regime, in particolare quanto alla responsabilità dell'imprenditore.**

Il perito giudiziario arch. Wladimiro Quadrelli, nella sua scritta e giurata relazione, dopo aver proceduto allo studio degli atti di causa, alla convocazione delle parti in causa, agli accertamenti tecnici, all'analisi delle tesi sostenute dalla ditta attrice e dalla società convenuta, dichiara "alla base della vertenza vi è un contratto che, per quanto dettagliato, non può contenere gli aspetti e caratteristiche tecniche dipendenti *da esigenze di uso* che divengono soggettive nel contesto più generale". Una delle situazioni che si richiama a questa ultima considerazione è il fissaggio delle pareti e dalla quale dipendono altre innumerevoli contestazioni (assestamento della parete sullo zoccolo, fuori piombo delle porte, etc.); orbene, le pareti di norma si fissano a pavimento con tasselli ad espansione, nella fattispecie pare non si sia accettato tale metodo perché le pavimentazioni avrebbero subito un danneggiamento per i fori che sarebbero divenuti nell'ipotesi di un'eventuale modificazione delle partizioni, la conseguenza è che ora il fissaggio è relativamente precario. Il fissaggio è aspetto importante, basti pensare ad una porta che si chiude violentemente ed alla spinta che detta porta trasmette alla parete! Se l'ancoraggio non è ottimo tutta la pannellatura dopo un certo uso presenterà inevitabili fuori allineamenti con porte spiombate, giunzioni aperte, etc.

Lo spessore delle porte risulta identico a quello previsto in contratto, se lo spessore delle porte fosse stato identico a quello della parete sarebbe stata cosa estetica migliore, ma quanto esistente non contrasta con il contratto. Notazione non marginale è una notevole carenza contrattuale; trattandosi di opere di forte valenza architettonica, doveva essere predisposto, da parte di chi riceve l'opera e quindi dalla Tecnodeca, un progetto esecutivo dei singoli elementi.

Viceversa la realizzazione delle partizioni etc. sono avvenute con sole indicazioni di tipo estemporaneo. Quanto detto non può comunque assolvere totalmente l'esecutore delle opere soprattutto laddove risulta che le pareti non "chiudono" nelle ortogonalità degli incroci, per la carenza di morsetti, per l'uso di profilati inidonei (taluni addirittura sbordano), per il non rispetto contrattuale circa l'ancoraggio delle plafonature, per il non imbustamento dell'isolamento e comunque l'adozione di accorgimenti che impedissero la messa in circolo del pulviscolo di lana di vetro, per le carenze generiche della posa del controsoffitto che ne compromette l'estetica se non la funzionalità. Per quanto attiene gli isolamenti delle pareti, se da un lato le stesse corrispondono in forma descrittiva al

contratto, dall'altro si sarebbe dovuto tenere in considerazione l'uso dei vani che le pannellature andavano a conformare.

Dal contratto risulta che le pareti dovessero essere realizzate "in tutto e per tutto secondo il sistema IFRAR"; a parte il fatto che la ditta IFRAR non produce ma commercializza il prodotto, la differenza sostanziale delle pareti realizzate è riferita al traverso superiore: (dato per scontato che lo spessore delle porte rispetta le condizioni contrattuali) la ditta IFRAR realizza il traverso per cui i montanti delle pannellature terminano sotto il traverso e questi è fissato alle plafonature anche indipendentemente dai montanti. Le pareti oggetto di contestazione hanno i montanti alti con i traversi tra montante e montante.

Quale sia la soluzione migliore è aspetto soggettivo, la parte convenuta dichiara che così come sono, risultano di difficile interscambiabilità, il sottoscritto perito dichiara che "le pareti assolvono la loro funzione, che sono comunque interscambiabili all'interno del piano e che il montante così come è realizzato concede una maggiore razionalità di esecuzione dell'impianto elettrico".

Con perfetta coerenza ed in piena aderenza alle considerazioni esposte, il perito giudiziario prende le seguenti conclusioni:

"per quanto attiene la contestazione dei prezzi a base il contratto sottoscritto il 02/04/1986 dichiara che i prezzi di fattura sono conformi a quelli di contratto. Per quanto attiene la contestazione circa i vizi, dichiara che in parte hanno valenza di carattere oggettivo a base il contratto ed alla norma della buona esecuzione.

Opina di quantificare il costo di intervento per le necessarie riparazioni e/o sostituzione compresi un *input* per carenze non riparabili, in Lire 7.075.025=(settemilionisettantacinquemilaventicinquelire) globalmente.

Per quanto attiene i prezzi, di altre opere non facenti parte del contratto 02/04/1986, risulta che la parte attrice abbia fornito, in tempi diversi, materiali in opera a base prezzi sottoscritti all'ordine.

I prezzi esposti in fattura sono identici a quelli di commissione e sono da ritenersi, in parte, più alti dei prezzi di mercato all'epoca per un importo globale di Lit. 1.827.900=(unmilioneottocentoventisettemilanovecentolire) pari al 14% circa del totale esposto in fatture".

La parte convenuta presume di invalidare le conclusioni peritali con riferimento alle perizie di parte ed ai documenti prodotti ed alle prove testimoniali esperite. **Ciò sulla base di una nota e costante giurisprudenza che ha confermato i principi seguenti:**

- 1) la perizia giudiziale ha l'efficacia di un ordinario mezzo di prova;
- 2) per dimostrare l'erroneità dei criteri seguiti dal perito, il maggiore o minore valore di un bene mobile o immobile, l'entità dei danni arrecati a persone o cose, nel combattere in un parola, le risultanze di merito della perizia giudiziale, le parti possono valersi di qualsiasi altro ordinario mezzo di prova, e specialmente di documenti, di deposizioni, di testimoni, di pareri contrari di altri esperti;
- 3) il giudicante deve tenere conto da una parte della perizia giudiziale e dall'altra parte dei motivi e delle prove dell'opposizione;
- 4) se le critiche alla perizia giudiziaria non hanno fondamento, tale perizia, in via di massima, è da tenere ferma; se invece le critiche hanno in tutto o in parte fondamento, allora la perizia deve essere opportunamente riformata;
- 5) tale riforma o modifica è compiuta dal giudicante: di ufficio ove esistano in atti tutti gli elementi occorrenti; dietro chiarimenti forniti dal perito ove esistano



**incertezze od oscurità; in base a nuova perizia giudiziale quando i difetti della prima siano così gravi da lasciare nel dubbio l'animo del Magistrato e da privarlo dei lumi necessari per rendersi ragione del vero stato delle cose e per risolvere secondo giustizia le dibattute questioni.**

Tale indirizzo giurisprudenziale, pur se ampiamente consolidato, non può più essere ulteriormente seguito ed applicato, in particolare dopo la decisione di terzo grado emessa in data 8 novembre 1988 dal Consiglio dei XII (nella causa civile sommaria n.392 dell'anno 1977 vertente fra Gatti Giovanni e Giacomoni Aleardo) che ha fatto proprio ed ha integralmente accolto il parere espresso dal Consulente nominato prof. Victor Crescenzi. Con somma autorevolezza il Giureconsulto ha affermato: "La domanda che deve essere formulata per impostare correttamente il problema è: a quale figura di perito si riferiscono le norme (sia in *ius commune*, sia dello Statuto sammarinese) sopra richiamate, che concedono così ampio spazio nel processo di formazione del giudizio? E, definitiva questa, quali dei consulenti tecnici che hanno partecipato al presente giudizio integrano le figure peritali delineate nelle norme sopra richiamate? Per rispondere a quest'ultimo interrogativo si deve guardare al rapporto che, nelle fattispecie adombrate nei passi del *Corpus iuris* sopra allegati, viene ad instaurarsi tra la figura di esperto in una determinata arte e il giudizio nel quale egli s'inserisce. In tal senso ciò che accomuna gli *architecti* delle Novelle agli *agrimonsores* del Codice e alle *obstetrices* del Digesto è il fatto che il loro potere proviene dal – e in certo senso si delinea come esplicazione del – potere decisorio del giudice, che commettendo al *magister* la risoluzione del punto tecnico di una certa controversia, gli delega una porzione (in senso qualitativo), per così dire, della sua potestà giurisdizionale. Per questo la qualità di perito nella causa non scaturisce altro che dalla valutazione fiduciaria compiuta dall'organo dotato del potere giudiziario, che si formalizza nell'atto della nomina da parte del giudicante, la quale non può mancare. Il rapporto fiduciario con le parti, almeno nelle fattispecie sopra estratte dal *Corpus iuris*, risulta del tutto irrilevante, tanto che non vi è fatto cenno. Se ne deve concludere che un *magister*, esperto in una *ars* in tanto è perito giudiziale, in tanto è soggetto del rapporto processuale instauratosi con la venuta in essere d'un determinato giudizio in quanto ripeta la sua qualità – e riceva la sua nomina – dall'autorità che ha la giurisdizione in quel determinato giudizio. In quanto tale al perito è commessa la decisione sul punto tecnico. Per questo non si tratta, del diritto comune, del perito come organo ausiliare del giudice, bensì di un organo dotato d'un *quid* più intenso, dotato cioè d'un suo specifico *munus*, che lo pone, sul punto tecnico, allo stesso livello del giudice, il quale non ha potere di valutazione sul merito della perizia in quanto tale. La nomina del giudice non è l'ordine ad una collaborazione, ma la delega d'un giudizio e perciò tale nomina non solo non può ovviamente mancare, ma è la fonte del potere del perito. Vediamo, però come in tale contesto si situa - e che incidenza vi abbia - la norma contenuta nella rubrica II,52 dello Statuto.

L'indagine è indispensabile poiché essa serve ad individuare la norma che regola la materia delle perizie giudiziali nell'ordinamento sammarinese, visto che non esiste, nello Statuto, una norma generale che detti la disciplina di questa figura processuale. Ora, la norma contenuta nella rubrica II, 52 dello Statuto, cpv. 2 ss., attribuisce alle parti l'onere della nomina di *magistri ad videndum praedicta iuxta artis suae peritiam*", previo invito in tal senso dei giudici, relativamente alle materie esposte nel cpv. precedente. In caso di inerzia delle parti i giudici "*possint cum eis, vel eorum altero, vel etiam sine, huiusmodi controveriam, ut praedicitur, terminare.*". Al referto peritale è attribuito valore

decisorio, sempre nelle materie elencate al cpv. 1, nel senso che esso concorre positivamente alla formazione del giudizio, come dispone il cpv. 4: “*et quicquid in praedictis et circa praedicta Domini Capitanei declaraverint, secundum declarationem, vel consensum huiusmodi arbitrorum seu magistrorum, in casu, quo assumpti fuerint (...)*”. Da tutto ciò emerge come la figura del *magister in arte sua peritus* è modellata su quella dell'*arbiter* sia per quanto attiene alla procedura di nomina, sia per quanto attiene all'efficacia della sua pronuncia; e come gli arbitri sono eletti in contraddittorio dalle parti e rappresentano, per così dire, il contraddittorio, essendo scelti da entrambe le parti, così per il *magister*, in diritto sammarinese, il rapporto fiduciario con le parti non può mancare quella rappresentazione del contraddittorio a cui si è fatto rapido cenno sopra.

**Se quindi per il diritto comune il potere del perito deriva direttamente dal giudice, e sembra essere emanazione del suo potere giurisdizionale, nella speciale disciplina dettata nello Statuto, sia pure nel caso contemplato dalla rubrica II, 52, il potere del perito, che qui si costruisce necessariamente come collegio peritale, deriva, seppure non esclusivamente, almeno anche dalle parti, è probabilmente emanazione di quel potere dispositivo che hanno le parti del processo, che qui viene riconosciuto ampiamente dall'ordinamento e che, se non esercitato – qualora cioè, le parti siano inerti – viene surrogato dalla giurisdizione che o provvede direttamente alla nomina, sia pur col concorso della parte attiva, o provvede direttamente alla decisione, l'inerzia evidentemente essendo interpretata come rinuncia all'affidamento dell'esame dell'aspetto tecnico della controversia ad un esperto con conseguente ricaduta sul giudicante della delibazione circa la tecnicità di tale esame, circa la sua rilevanza nella causa, e quindi circa la necessità di ricorrere ad un *magister*.**

Da tutto ciò emerge che nessuno dei cosiddetti periti intervenuti nella causa in esame in realtà integra la fattispecie che abbiamo analizzato sopra: non la fattispecie delineata dal diritto comune, poiché in questo sistema è prevista una nomina del giudice che commette al perito una decisione sul punto tecnico della controversia, nomina che qui è del tutto assente; ma nemmeno la fattispecie disciplinata dallo Statuto, poiché qui, la figura del giudice assume un rilievo sussidiario e indiretto (emergendo solo in caso d'inerzia delle parti all'invito del giudice, nel qual caso si ricadrebbe nella disciplina di diritto comune). La nomina dei periti in collegio avviene col concorso determinante delle parti che vi devono provvedere secondo un procedimento esemplato su quello della nomina degli arbitri. Quindi o *coniunctum* o anche *divisim*, ma evidentemente, in quest'ultimo caso, con la volontà di porre in essere un atto complesso che abbia rilevanza processuale tale da coinvolgere tutte le parti del processo: appunto la decisione sul punto tecnico. Il lavoro stesso dei singoli periti, poi, per aver rilevanza processuale deve confluire a comporre il lavoro del collegio.

Dall'esegesi della norma statutaria, infatti, risulta chiaramente che **la nomina del perito deve avvenire nel processo, è un atto del processo e, quando avviene, ne fa parte integrante: insomma non è atto privato, individuale e unilaterale di una delle parti: è un subprocedimento, per così dire, che s'inscrive pienamente nel procedimento principale dinanzi al giudice ed è finalizzato alla sentenza del giudice.** La nomina, da una sola parte, d'un esperto che la sussista nello svolgimento di quegli accertamenti tecnici (appunto di parte) rilevanti per la tutela delle proprie ragioni nel processo non è nemmeno assimilabile alla nomina del difensore poiché questa è atto del processo che in sua assenza non può andare avanti (tanto che anche qui, in caso d'inerzia della parte,

sopravviene il potere di surrogazione del giudice che le attribuisce un difensore d'ufficio), questa rimane confinata in un'area di piena ed esclusiva disponibilità della parte nella scelta della propria linea difensiva e degli strumenti più idonei a perseguirla e realizzarla, che non ha, per sé, una rilevanza processuale diretta".

In conclusione, il giudicante non può che accogliere integralmente e fare proprio il giudizio del perito giudiziario, poiché trattasi di giudizio tecnico incidente sul giudizio giuridico sul quale ha influenza decisiva.

In base alle premesse considerazioni, in fatto ed in diritto, la convenuta S.A. Tecnodeca deve essere condannata al pagamento in favore dell'attrice Ditta Spazio della complessiva somma di £. 53.018.450=. Su tale somma sono dovuti gli interessi, alla legale ragione del sette per cento, dalla data della citazione al saldo.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico della parte convenuta.

#### 4.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 29 gennaio 1991.

S.A. SAM – Marina Arte della Ceramica (Avv. G. Micheloni) : Ditta Evens Pubblicità (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 270, anno 1986.

#### **Vendita – Vizi della cosa venduta – Azione estimatoria.**

*I vizi della cosa venduta consentono al compratore di esercitare l'azione estimatoria, o "quantum minoris" per ottenere la riduzione del prezzo.*

*Nelle azioni di garanzia non è ammissibile la richiesta di risarcimento del danno, se non nel caso in cui il venditore conoscesse i vizi della cosa venduta.*

---

#### FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione in data 27 novembre 1986 la Società Anonima SAM – Marina Arte della Ceramica convenne avanti a questo Tribunale la ditta belga Evens Pubblicità per sentirla condannare al pagamento della somma di franchi belgi 868.800= (equivalenti a lire italiane 28.931.040) importo della fornitura di 11.000 posacenere prodotti ed inviati alla convenuta e da questa non pagato.

La ditta belga, costituitasi in giudizio a mezzo di procuratore nell'udienza del 4 giugno 1987:

- 1) espose che i posacenere forniti dalla s.a. SAM sottoposti ad una seconda cottura per l'applicazione di decalcomanie, manifestarono evidenti difetti tanto che divennero inservibili nella percentuale del settanta per cento;
- 2) i vizi e i difetti riscontrati vennero immediatamente denunciati alla s.a. SAM;
- 3) sollevò pertanto la *exceptio quanti minoris* al fine di ottenere un'equa diminuzione del prezzo pattuito;

4) riservò di agire in via riconvenzionale per ottenere dalla s.a. SAM il risarcimento dei danni subiti a causa della mancata realizzazione ad opera d'arte dei posacenere forniti. Nei rituali termini di prova e controprova si ammisero documenti prodotti da ambedue le parti in causa e vennero esaminati i testi Zonzini Armando e Guarino Luigi, ammessi a richiesta della parte attrice. Non fu possibile procedere all'esame dei testi Nejs Gilbert e Zordens Alfred, ammessi a richiesta della parte convenuta, poiché nell'udienza del 2 febbraio 1989 l'avv. Gian Luigi Berti rinunciò al mandato *ad litem* a lui conferito dalla Ditta Evens Pubblicità. Quest'ultima, nel perentorio termine concesso a pena di decadenza con decreto emesso in data 6 febbraio 1989, non provvede alla nomina di altro procuratore legale e pertanto, revocata la sospensione del procedimento disposta con il richiamato decreto, venne aperto il termine ad allegare. Questo trascorso, il procuratore della parte attrice nell'udienza dell'8 ottobre 1990 ha prodotto in atti la memoria conclusionale nella quale conclude richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione. La ditta convenuta, nonostante la regolarità delle notifiche dei decreti emessi in data 6 febbraio 1989, 12 dicembre 1989, non ha presentato proprie conclusioni. **La “exceptio quanti minoris” sollevata dalla convenuta Ditta Evens Pubblicità non può essere accolta. Occorre considerare infatti che la parte convenuta non ha avanzato la sua richiesta mediante azione, ma mediante eccezione alla domanda di parte attrice.**

**In tale situazione, è a chiedersi se sia applicabile la massima: “*quae ad agendum sunt temporalia, perpetua sunt ad excipiendum*”.** Sulla soluzione della questione esisteva disaccordo tra i vari autori di diritto comune, ma **nella pratica, si affermò la tendenza ad acconsentire alla eccezione, ma alla categorica condizione che il compratore fornisse in giudizio la piena prova dell'esistenza dei vizi da lui lamentati.** Nel caso presente, è di tutta evidenza che la parte convenuta non ha fornito prova alcuna, né a mezzo di perizia giudiziaria, né a mezzo di prove documentali e testimoniali, dei presunti vizi, né mai la Società Anonima SAM è stata posta in condizione di constatare direttamente i vizi ed i difetti lamentati.

L'eccezione proposta dalla parte convenuta non è accoglibile per un ulteriore, valido motivo: **nelle azioni di garanzia non è ammissibile la richiesta di risarcimento del danno, se non nel caso in cui il venditore conoscesse i vizi occulti della cosa venduta** (cfr., fra le altre, la sentenza di primo grado 8 gennaio 1936, *Giur. Samm.*, 1935-1936, pag.111). Non muta infatti la natura dell'azione la circostanza che si sia richiesto, oltre la restituzione o la diminuzione del prezzo, che potevano essere richieste, il risarcimento del danno che nel caso non poteva essere richiesto.

In conclusione, la convenuta Ditta Evens Pubblicità deve essere condannata al pagamento in favore della Società Anonima SAM – Marina Arte della Ceramica della somma di franchi belgi 868.800= (da convertirsi in lire italiane sulla base del cambio ufficiale della data in cui avverrà l'effettivo pagamento). Sulla somma equivalente sono dovuti gli interessi alla legale ragione del sette per cento dalla data della citazione al saldo.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico della parte convenuta.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 30 gennaio 1991.

Terenzi Severina (Avv. R. Bonelli) : Celli Giudo (Avv. P. Reffi) – causa n. 151, anno 1988.

### **Giuramento decisorio – Deferimento – Riferimento.**

*E' decisorio il giuramento che, in corso di causa, una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione della controversia.*

*La parte cui è stato deferito, che non lo riferisce a quella che lo ha deferito, non ha altra alternativa che di prestarlo o di soccombere nella causa.*

---

### **FATTO**

Con istanza depositata il 23 giugno 1988 l'attrice, a mezzo suo procuratore, dopo avere depositato in Cancelleria, in ottemperanza al decreto commissariale dell'8 giugno 1988 nella causa civile in grado di appello n.326 dell'anno 1980, il libretto di risparmio n° 0658 della Banca Agricola Commerciale, contenente la somma di £.150.000.000=, ha chiesto sottoporsi a sequestro conservativo il medesimo libretto per stare in garanzia della sua restituzione e ha anche richiesto, "sentito confermare il sequestro, sentirsi altresì dichiarare privo di titolo" il convenuto "per rivendicare la somma depositata, con condanna al pagamento delle spese tutte di causa, onorari di avvocato compresi".

Assume l'attrice che, in forza di precedenti rapporti, il convenuto "era proprietario della quota del 12,50%, avendola acquistata dalla" stessa attrice Sig.ra Terenzi, di parte "dell'azienda Hollywood Club", in ragione "dell'accollo del 75% delle spese di completamento e realizzazione della parte del complesso Hollywood, nel quale veniva installato il piano-bar l'Orchidea". L'accordo - sempre secondo l'attrice - è stato rescisso a seguito di vicende giudiziarie, nella quale è incorsa l'attrice stessa con la richiamata causa n.326 dell'anno 1980 e in cui è spontaneamente intervenuto il convenuto.

Assume altresì l'attrice di avere restituito al convenuto quanto dovuto, avendo eseguito i seguenti versamenti di somme: per lire 20.000.000= il 2 ottobre 1984, con assegni bancari n° 3.681.122 (£. 5.000.000=), n° 3.681.119 (£. 5.000.000=), n° 3.681.120 (£. 5.000.000=) e n° 3.681.121 (£. 5.000.000=), tutti tratti sulla Banca Agricola Commerciale; per £. 2.000.000= il 26 giugno 1985 con assegno bancario n° 3.845.518, tratto sempre Banca Agricola Commerciale; per lire 13.000.000= il 5 novembre 1985, con assegni bancari n° 3.926.779 e n° 3.926.780, tratti ancora sulla Banca Agricola Commerciale; per £.10.000.000=, infine, con assegno n° 1.405.192, tratto sempre sulla Banca Agricola Commerciale. A tali somme si aggiunge il pagamento delle spese sostenute dal convenuto per il suo intervento volontario nella causa predetta n.326 dell'anno 1980.

Eseguito il sequestro e notificata la citazione, il giorno 28 giugno 1988, il convenuto, riservandosi di "contestare in modo più ampio l'istanza attrice all'udienza dell'8 settembre 1988", con istanza depositata lo stesso giorno, ha richiesto "revocarsi il sequestro conservativo disposto sul libretto di risparmio n.0658 della Banca Agricola Commerciale, sostituendo eventualmente tale misura cautelare con una diffida a vendere

sui seguenti beni immobili di cui il signor Celli é nudo proprietario: casa di civile abitazione, contraddistinta al vigente Catasto Fabbricati al F.4 col. n. 246, sub.1, Cat.A/2, classe 5, di V.u.7,50, R.C. £.44.250; autorimessa, contraddistinta al vigente Catasto Fabbricati al F.4 col. n.246, sub.2, Cat.C/4, classe 5, di mq.122, R.C. £.23.180” il cui valore complessivo, “già decurtato del valore dell’usufrutto”, è stato, approssimativamente e spontaneamente dal convenuto stesso, indicato in almeno £.180.000.000=.

Il giorno 30 giugno 1988 S.S.il Commissario della Legge ha preso atto della costituzione in giudizio del convenuto e, “ritenuto che l’offerta garanzia immobiliare consente la revoca del sequestro [...] anche inaudita altera parte”, ha revocato il sequestro, diffidato il convenuto ad alienare, trasferire e disporre l’immobile spontaneamente indicato, autorizzando l’annotazione della diffida a margine degli atti dei Registri Immobiliari. Dopo aver fissato l’udienza dell’8 settembre 1988 per la conferma della diffida stessa, S.S.il Commissario della Legge ha mandato alla Cancelleria “di rilasciare il libretto bancario contenente la somma £. 150.000.000= al sig. Celli Guido, ovvero al suo procuratore, unicamente a seguito della esibizione della certificazione attestante l’avvenuta annotazione della diffida”. Il libretto di deposito è stato ritirato dal convenuto il 1 luglio 1988 con deposito della avvenuta annotazione

Il giorno 14 luglio 1988 la procura della attrice, eccependo che il “dissequestro è gravemente pregiudizievole” per la stessa parte, considerata la produttività degli interessi, l’esistenza dell’usufrutto a favore di terzi, e la diffida che non costituisce privilegio nell’ipotesi di decozione del convenuto, valutato che il decreto è “assunto sulla presenza di un presupposto inesistente”, chiede formalmente “revocarsi il decreto” e subordinatamente “chiede che lo svincolo della somma in discussione avvenga solo previa iscrizione di ipoteca di primo grado sulle proprietà immobiliari del Celli per l’importo di £. 150.000.000=, oltre gli interessi per il tempo di presumibile durata della causa, nella misura legale; con prestazione di garanzia personale di altra persona per il periodo necessario al consolidamento della ipoteca”.

Sempre lo stesso giorno, insistendo nelle già spiegate conclusioni, l’attrice chiede anche “che, in conseguenza della revoca del detto decreto, venga confermato il sequestro già concesso e ordinato al Celli Guido di restituire la somma a suo tempo depositata, procedendo con analogo sistema e cioè depositando in atti con effetto immediato libretto di risparmio con pari somma, produttiva di interessi della entità identica a quelle attribuiti dalla Banca Agricola Commerciale per il libretto consegnato al Celli”.

Il giorno 18 luglio 1988, dopo aver dichiarato “giuridici agli effetti del presente procedimento i giorni non festivi dei mesi di luglio e di agosto” e, dopo avere ordinato che le comparse del 14 luglio siano notificate al convenuto e alla sua procura per dire e dedurre, S.S. il Commissario della Legge, con un secondo decreto ordina per il 21 luglio 1988 “la personale comparizione delle parti e dei loro procuratori, allo specifico effetto di esaminare e decidere in merito alla validità della garanzia sostitutiva prestata dal Sig.Celli Guido e contestata dalla parte attrice”. In tale secondo decreto si ordina anche “alla Cancelleria di provvedere d’ufficio alla notifica del presente decreto alle parti in causa ed ai loro procuratori”.

Su richiesta della procura convenuta, con nuovo decreto del 19 luglio 1988, ancora una volta notificato d’ufficio, l’udienza di comparizione è fissata per il giorno 27 luglio 1988.

All'udienza del 27 luglio 1988 S.S. il Commissario della Legge "dà atto che in data 21 luglio 1988 la signora Terenzi Severina ha proposto nei suoi confronti istanza di legittima suspizione" e dichiara "di astenersi dalla trattazione della" causa. La procura della attrice chiede contestualmente che il fascicolo sia inviato all'Ecc.mo Consiglio dei XII per le decisioni del caso.

Nella seduta dell'11 ottobre 1988 l'Ecc.mo Consiglio dei XII ha definitivamente deliberato di accettare l'astensione, già effettuata negli atti di causa, e ha autorizzato altro Magistrato del Tribunale Commissariale a proseguire il procedimento.

Assegnata la causa ad altro Magistrato la procura attrice ha formalmente riassunto "l'istanza introduttiva", precisando "che sia confermato il sequestro conservativo sul libretto di risparmio a suo tempo depositato dalla attrice e quindi che il medesimo venga depositato a cura del convenuto Celli Guido presso la Cancelleria del Tribunale".

Integrato il contraddittorio con la notifica dell'istanza di riassunzione all'avversa procura e ad entrambe le parti dei documenti di causa e degli atti e documenti relativi alla delibera dell'11 ottobre 1988 dell'Ecc.mo Consiglio dei XII, preso altresì atto del contrasto esistente tra le due parti in causa, con decreto 6 dicembre 1988 si avvertono sia le parti, che le rispettive procure, che devesi "decidere con sentenza interlocutoria", quanto finora richiesto dalla parte attrice.

La procura del convenuto, proprio in vista dell'emananda sentenza interlocutoria, ha domandato l'apertura di un breve termine di prova: nulla ha opposto la parte attrice, producendo comparsa con richiesta di giuramento decisorio al convenuto del seguente letterale forma:

"GIURO CHE IN DATA 18 MAGGIO 1982 HO STIPULATO E SOTTOSCRITTO CON LA SIGNORA TERENCE SEVERINA UN CONTRATTO DEL SEGUENTE ESATTO TENORE: CON LA PRESENTE PRIVATA SCRITTURA FRA LE PARTI INFRASCritte E SOTTOSCRITTE SI CONVIENE LIBERAMENTE QUANTO SEGUE. TERENCE SEVERINA DI GIOVANNI CEDE A CELLI GUIDO DI GIUSEPPE UNA QUOTA PARI AL DODICIVIRGOLACINQUEPERCENTO (12,5%) DEL COMPLESSO DENOMINATO HOLLYWOOD, POSTO IN DOMAGNANO, COSTITUITO DA IMMOBILE, ADIACENZE, ATTREZZATURA ESTERNE FISSE E INTERNE, ARREDAMENTO E QUANT'ALTRO FACENTE PARTE DEL COMPLESSO NULLA ESCLUSO O RISERVATO. IL PREZZO DELLA DESCRITTA CESSIONE VIENE CONCORDEMENTE STABILITO NEI SEGUENTI TERMINI: L'ACQUIRENTE CELLI SI IMPEGNA A PAGARE IL 75% DELLE SPESE DI REALIZZAZIONE NEI LOCALI SOTTOSTANTI L'HOLLYWOOD DI LOCALE DI INTRATTENIMENTO E BAR, COMPRESO OGNI OPERA MURARIA, DI RIFINITURA, ATTREZZATURA, IMPIANTI E ARREDAMENTO FINO ALLA COMPLETA MESSA IN FUNZIONE NEI TERMINI E CONDIZIONI DA CONVENIRE CON I SOCI COMPROPRIETARI. LA LIQUIDAZIONE DEGLI UTILI SPETTANTI AL CELLI A SEGUITO DEL PRESENTE ACQUISTO DI QUOTA VIENE TRA LE PARTI CONVENUTO NEI SEGUENTI TERMINI: CELLI GUIDO RINUNCIA A FAVORE DI TERENCE SEVERINA AGLI UTILI DI GESTIONE DELLA DISCOTECA HOLLYWOOD, PISTA ESTERNA E PISCINA PER LA QUOTA DI SUA SPETTANZA (12,5%), MENTRE TERENCE SEVERINA RINUNCIA IN FAVORE DI CELLI GUIDO AGLI UTILI DEL LOCALE DA REALIZZARE COME SOPRA INDICATO. IN SOSTANZA AL CELLI GUIDO SPETTA COMPLESSIVAMENTE L'UTILE DEL 25% DELLA GESTIONE DEL

REALIZZANDO LOCALE, MENTRE A TERENCE SEVERINA SPETTA PER L'INTERA QUOTA DI COMPETENZA L'UTILE DELLA GESTIONE DELLE ALTRE ATTIVITA' ESERCITATE NEL COMPLESSO. IL PASSIVO DELLE GESTIONI VIENE RIPARTITO NELLA MANIERA INDICATA PER GLI UTILI. FATTO, LETTO, APPROVATO E SOTTOSCRITTO IN UNICO ORIGINALE CHE RESTA FIDUCIARIAMENTE DEPOSITATO PRESSO IL NOTAIO RENZO BONELLI. (F.TO) TERENCE SEVERINA - CELLI GUIDO.

GIURO INOLTRE CHE A RIMBORSO DELLE SPESE DA ME SOSTENUTE PER LA PARZIALE ESECUZIONE DELLE OPERE DI CUI ALLA SCRITTURA PRIVATA SOPRA TRASCRITTA HO RICEVUTO DALLA SIGNORA TERENCE SEVERINA I SEGUENTI ASSEGNI CIRCOLARI, TUTTI DA ME REGOLARMENTE INCASSATI A SALDO DEFINITIVO: CREDITO ROMAGNOLO, ASSEGNI N. 3.681.119/20/21/22, IN DATA 2.X.1984 DI £. 5.000.000= CADAUNO; N. 3.845.518 IN DATA 26.VI.1985 DI £. 2.000.000=; N. 3.926.779 IN DATA 5.XI.1985 DI £. 3.000.000=; N. 3.926.780/81 IN DATA 5.XI.1985 DI £. 5.000.000= CADAUNO, N.1.405.192 IN DATA 4 MARZO 1987 DI £. 10.000.000=.

GIURO CHE NON HO COMPLETATO A MIE SPESE LA REALIZZAZIONE DEI NUOVI LOCALI IN QUANTO I CONTINUI RITARDI E IMPEDIMENTI PROVOCATI DALLA CAUSA IN ATTO FRA I SOCI CREAVANO INTRALCI ALLA GESTIONE, PER CUI HO RITENUTO DI REVOCARE L'ACCORDO SUINDICATO".

Nei due termini probatori comuni ad entrambe le parti la procura dell'attrice ha insistito per l'ammissione del giuramento già articolato, mentre la procura del convenuto ha richiesto l'ammissione di testimoni, l'allegazione degli atti della causa n°.326/1980 e di altri documenti nonché il contraddittorio tra le parti

Le richieste sono state tutte accolte in tempi diversi: non sono stati ammessi come testimoni il Cancelliere addetto alla Cancelleria del Tribunale Commissariale e il professionista, cui è stata affidata la procura nella causa n°.326/1980, per quei fatti che fossero venuti a conoscenza in ragione del loro rispettivo ufficio. Non è poi neppure stata accolta la richiesta di esperire il giudiziale contraddittorio. Il giuramento, ammesso dapprima con riserva, è stato poi definitivamente ammesso con decreto 8 febbraio 1990, dopo l'espletamento delle prove per testimoni richieste dalla procura del convenuto.

All'udienza straordinaria dell'8 febbraio 1990 il convenuto, convenientemente ammonito, mentre giura sul primo punto, dichiara espressamente di non giurare sul secondo e sul terzo.

Con comparsa del 18 giugno 1990 la procura della attrice ha richiesto in via principale di dichiarare conclusa la fase istruttoria e aprire il termine ad allegare o, in subordine di aprire un termine di controprova comune alle parti e riferire alla attrice il giuramento nei termini già proposti al convenuto.

Aperto il termine ad allegare, dopo l'irrotulazione la causa è stata posta "pro servato".

Nelle finali allegazioni in diritto la procura della attrice ha così concluso: "il Celli, dunque, non ha riferito all'attrice il giuramento che gli era stato proposto. Tale comportamento processuale permette (e obbliga) le conclusioni all'inizio ricordate circa l'accoglimento della richiesta attrice. Tuttavia una serie di altri elementi conforta la richiesta. Di conseguenza, anche di fronte all'atteggiamento passivo e dilatorio del convenuto, si può chiedere la condanna di quest'ultimo alla restituzione della somma di



£. 150.000.000= come a suo tempo depositata dalla Terenzi. Un rilievo particolare si deve fare in ordine agli interessi da addebitare al convenuto, poichè la somma era stata depositata in libretto di risparmio, che produceva interessi superiori a quelli legali. La richiesta conseguente si indirizza attribuire sulla somma riconosciuta dovuta gli interessi bancari che essa avrebbe maturato se conservata nel libretto risparmio fatto sequestrare dalla Terenzi, e malauguratamente consegnato al Celli. Le spese seguiranno la soccombenza e verranno liquidate in conformità alla vigente normativa”.

La procura del convenuto ha invece così concluso: “a) che sia dichiarata l’assoluta irritualità e la conseguente inammissibilità del giuramento così come risultante dalle formule con le quali esso é stato deferito dall’attrice al convenuto; b) modificare le formule del giuramento in modo tale da renderle aderenti alle tesi difensive del convenuto, per far sì cioè che il Celli, giurando, possa vincere la causa; c) fissare apposita udienza per la prestazione del giuramento”.

### DIRITTO

1) L’attrice ha deferito al convenuto il giuramento decisorio trascritto nella superiore parte motiva, che, nonostante sia articolato in diverse proposizioni, è da considerarsi, secondo una ormai prassi risalente e documentata, come unico valido atto processuale (cfr.Sentenza del Giudice delle Appellazioni 3 agosto 1914, nella causa n.24, anno 1912, tra Benzini Genoveffa contro Berti Maria in Bricci in Giurisprudenza Sammarinese, 1911-1920, p.21).

**La dottrina sammarinese definisce il giuramento decisorio come quello che, in corso di causa, “una parte deferisce all’altra per farne dipendere la decisione della causa [...] e la parte che lo ha deferito può riferirlo alla parte che lo ha deferito”** (cfr. G. Ramoino, Giuramenti nella procedura sammarinese, in Giurisprudenza Sammarinese, 1965, p.376).

Il diritto comune lo definisce come giuramento “quod in iudicio praestatur ab uno ex litigantibus, altero istante, atque eo communi consilio, ut iudex illud sententiam ferat” – “che viene prestato in giudizio da uno dei litiganti, su istanza dell’altro, e per quel comune consiglio, affinché giudice pronunci la sentenza” (cfr. Richeri, *Universa Iurisprudencia*, Lib. V, tit.XXI, nn.757-758 in G. Ramoino, *Giuramenti*, cit., in *Giurisprudenza Sammarinese*, cit., p.377, n.7)

**Trattasi quindi di giuramento giudiziale, proprio perché “emesso davanti al giudice”** (cfr. G. Ramoino, *Giuramenti*, cit., in *Giurisprudenza Sammarinese*, cit., p.376 n.1 e p.377, n.7).

Nell’Ordinamento Sammarinese tale particolare mezzo di prova è positivamente previsto dalla Rub.XXXI del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* (cfr.Sentenza del Giudice delle Appellazioni 2 luglio 1924, nella causa n.165, anno 1922, tra Benzini Genoveffa contro Berti Maria in Bricci in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1911-1920, p.21).

2) **Sulla forma, sulla tempestività e ritualità del giuramento decisorio deferito, non sembrano poi emergere seri dubbi, anche perché è opinione dichiarata che “devesi ammettere in qualsiasi momento e stato della causa, nonostante l’esistenza di altre prove sulle quali tutte il giuramento vince”** (cfr.T.GIANNINI - F.VIROLI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, San Marino 1967, p.79).

In ogni caso alla parte convenuta è stata poi lasciata anche ampia ed adeguata possibilità di contraddittorio, così come è richiesto dai principi dominanti il processo (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 30 marzo 1923 nella causa n.143, anno 1922, promossa da Giusti M. contro Fabiani M. e Fabbri E., in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1923, p.22). Nè dalla stessa parte convenuta sono stati tempestivamente e ritualmente eccepiti difetti che consentissero “ex officio” di non approvarne la formula.

3) Inoltre, come espressamente allega la procura dell’attore, **tale forma di giuramento in dottrina è ammessa anche quando la parte “nulla ha provato”**: **“il giuramento giudiziale, quantunque dato da quell’attore che nulla ha provato, non si può recusare. Quindi il reo deve giurare o riferire il giuramento; acciocché l’attore, mancando di ogni altra prova possa, almeno per timore dello sdegno celeste, trarre il vero dalla bocca dell’avversario”** (cfr. A.Vinnio, *An iusurandum iudiciale recusari possit delatum ab actore qui nihil pobavit* – “Se si possa recusare il giuramento giudiziale dato da quello attore che nulla ha provato” -, in A. Vinnio, *Quaestiones selectae*, Cap.XLII, trad.A.Rocchetti, Ancona 1842, “quaestio” ristampata in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1965, p.373).

Si fa infatti notare dalla già riportata dottrina (cfr.G.Ramoino, *Giuramenti*, cit., in *Giurisprudenza Sammarinese*, cit., p.377) che rispetto al processo sammarinese è stato deciso in tale senso anche dalla giurisprudenza (Sentenza del Commissario della Legge 4 novembre 1943, nella causa n°.59, anno 1940, Di Luigi P. c.Vicini D. in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p.158).

**Devesi quindi ritenere come ormai definitivamente accolta la massima “che l’attore per diritto pubblico, sebbene nulla abbia provato possa dare al reo il giuramento giudiziale per modo, che il reo sia costretto ad accettarlo o riferirlo egli stesso; e caso ch’egli il ricusi senza giusto motivo, si debba considerare come confesso e convinto di maniera che il giudice possa condannarlo”** (cfr. A. Vinnio, *An iusurandum*, cit., op.cit., p.372).

4) Poiché il giuramento è stato recusato, nè è stato riferito alla proponente, la domanda della attrice, relativamente ai soli rapporti intercorsi tra le parti e riportati nella formula, trascritta “ad unguem” nella superiore parte motiva, deve quindi essere accolta nella sua proposizione iniziale e con le successive modifiche, ivi compresa sia la richiesta di revoca del decreto di dissequestro, sia la domanda di ordinare la restituzione della somma, confermandosi il sequestro e dichiarandosi che il convenuto è da considerare privo di titolo per rivendicare la somma depositata. Su tali istanze, ampiamente giustificate dalle vicende processuali - così come emergono sempre dalla superiore parte motiva in fatto, e dai provvedimenti presi, cui l’attrice si è sempre tempestivamente opposta -, si è ampiamente ed esaurientemente istaurato il contraddittorio tra le parti.

Non sembra invece potersi accogliere la domanda relativa agli interessi da addebitarsi al convenuto nella misura richiesta dalla attrice.

In atti non esiste prova sufficiente che tale somma “produceva interessi superiori a quelli legali”, come asserisce la parte attrice. Soprattutto non è stata data prova dell’esistenza di una tale particolare convenzione.

Resta comunque valida e legittima la integrazione della iniziale domanda della richiesta di interessi sulla somma depositata e sequestrata, ritenuto che il deposito della somma presso istituto bancario, produce automaticamente i suoi frutti che sono da attribuirsi alla depositante, che è poi l’attrice. E pertanto tale somma deve essere utilmente gravata in

favore della parte attrice degli interessi, riconosciuti però alla legale ragione, dalla data del deposito al suo effettivo saldo.

Le spese ed onorari del presente giudizio seguono la soccombenza e devono essere poste a carico del convenuto e liquidate con separato decreto.

## 6.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 11 febbraio 1991.

Ditta Discoteca Mister Fantasy (Avv. A. S. Belluzzi) : S.r.l. Arredare Oggi (Avv. G. Burgagni) – Causa n. 125, anno 1987.

### **Colpa contrattuale – Danno risarcibile.**

*Nella colpa contrattuale è risarcibile solo il danno che deriva, come effetto da causa, dall'inadempimento.*

---

## FATTO E DIRITTO

Con istanza avanzata in data 27 maggio 1987 la Ditta attrice espose:

- 1) di avere commissionato in data 7 settembre 1986 alla S.R.L. Arredare Oggi la fornitura dell'arredamento della Discoteca sita in Gualdicciolo fissando al 20 settembre 1986 il termine di consegna delle opere;
- 2) le opere commissionate non erano state eseguite a regola d'arte;
- 3) il termine di consegna non era stato rispettato;
- 4) il montaggio delle opere realizzate era stato eseguito solo in parte;
- 5) il prezzo pattuito per l'intera fornitura ammontante a lire 7.000.000= non era stato pertanto pagato dalla Ditta committente la quale tuttavia si dichiarava disponibile a pagare il prezzo delle opere effettivamente eseguite.

Quanto sopra esposto la Ditta attrice convenne avanti a questo Tribunale la S.R.L. Arredare Oggi per sentirla condannare al risarcimento dei danni subiti o, in subordine a sentir dovuto il pagamento delle sole opere poste in esecuzione.

La Società convenuta si costituì in giudizio a mezzo di procuratore il quale nell'udienza del 1° dicembre 1988 dichiarò di rinunciare al mandato *ad litem*. Nel perentorio termine accordato alla società convenuta questa non provvide alla sostituzione del procuratore dimissionario e neppure ha prodotto proprie conclusioni. Nella memoria conclusionale il procuratore della parte attrice richiede l'accoglimento delle istanze avanzate in citazione ovvero la totale compensazione tra quanto dovuto alla società convenuta e i danni da essa parte attrice risentiti per la parziale esecuzione delle opere e per il danno derivato dalla cattiva influenza avuta sulla clientela del locale dall'incompletezza dell'arredamento.

La richiesta attrice solo parzialmente può essere accolta. Occorre infatti considerare:

1) la parte attrice non ha prodotto in atti il contratto stipulato con la parte convenuta e non è provato pertanto il tassativo termine fissato per la consegna delle opere commissionate;

2) la parte attrice non ha fornito alcuna prova dei danni materiali e morali che asserisce di avere subito.

E' stata unicamente prodotta perizia di parte redatta e giurata in data 1° giugno 1987 dall'arch. Renzo Ceccoli il quale, dopo avere elencato e descritto gli elementi di arredo effettivamente eseguiti dalla S.R.L. Arredare Oggi, ha preso le seguenti conclusioni: "Da quanto sopra il valore globale delle opere descritte risulta essere di £. 3.850.000 (tremilionioottocentocinquantamila). Tale somma comprende, come già detto, ogni onere derivante dalla installazione: qualora il montaggio non sia stato effettuato, in parte o per intero, dalla ditta fornitrice, occorre scorporare dal totale il costo della manodopera fornita a carico della committenza valutandola in ragione di £/ora 20.000.

Si fa rilevare inoltre che la fornitura sopra descritta fa parte di una ordinazione effettuata in data 9/9/86, come risulta dal contratto allegato, comprendente sei voci, per un totale pattuito a corpo di £. 7.000.000; di tali voci, la n° 5, riguardante la fornitura di pannellatura in truciolare grezzo per specchi di mq. 8,00' risulta eseguita parzialmente e la voce 6 riguardante *una cornice perimetrale al bar* di ml. 25 non risulta eseguita affatto". Così stando le cose, deve richiamarsi il principio che, in via di massima, **si ha l'inadempimento di una obbligazione, sia quando la prestazione che ne forma l'oggetto non venga eseguita affatto, sia quando venga eseguita parzialmente o inesattamente (totale, nel primo caso, parziale nel secondo).**

**Nell'uno e nell'altro caso l'inadempiente è tenuto al risarcimento dei danni o in base al dolo (se l'inadempimento totale o parziale sia stato dal debitore voluto coscientemente), o in base alla colpa (mancanza di diligenza).** Nel caso attuale non potrebbe, a carico della parte convenuta, parlarsi che di colpa. Pertanto **la colpa è contrattuale quando l'atto è illecito perché violazione di un preesistente rapporto obbligatorio** (sia questo un contratto o un rapporto di altra natura); **è invece extracontrattuale quando l'atto è illecito per se stesso e non perché violi un rapporto con la persona lesa.**

Ora, **nella colpa contrattuale, è risarcibile solo quel danno che deriva, come effetto da causa, dall'inadempimento.** Questo principio di equità non era sfuggito al diritto romano e ad esprimerlo fu detto da Paolo che il creditore dovesse chieder conto della "*utilitas, quae circa ipsam rem consistit*" (D. 19, 1, 21, 3); a questa formula i commentatori di diritto comune contrapposero, per esprimere il danno non risarcibile, la "*utilitas extra rem aut quae venit extrinseco*". A questi concetti troppo vaghi, i legislatori moderni hanno sostituito la formula: non doversi il risarcimento estendere oltre i danni che sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione.

**Si discute se nella colpa contrattuale debbano risarcirsi solo i danni previsti o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto. La prevalente opinione, non accogliendo il parere di alcuni autori che sostengono che il principio valeva solo per l'azione di garanzia nel contratto di vendita, ritiene che il principio debba applicarsi in ogni caso, come regola destinata a determinare il risarcimento dei danni per mancato e imperfetto adempimento di qualsiasi obbligazione,** e ciò in base alla legge 19, 1, D. 19, 2 nonché alla legge 2, 8, D. 13, 4. In definitiva anche nel diritto comune consuetudinario sammarinese trovano applicazione, almeno in via di massima e salvo qualche secondaria eccezione, i principi di diritto ora stabiliti dai codici moderni.

La parte attrice domanda che venga liquidato anche il danno morale da essa risentito. Ma tali danni, oltre che, come già si è detto, non provati, non sono risarcibili poiché non sono ammessi nella colpa extracontrattuale.

Neppure può essere accolta la richiesta attrice di totale compensazione tra il prezzo pattuito per le opere commissionate ed il risarcimento del danno conseguente agli arredi parzialmente eseguiti. La domanda è stata avanzata unicamente nella memoria conclusionale e su di essa pertanto non si è svolto regolare contraddittorio.

In conclusione, deve dichiararsi che la parte attrice è tenuta al pagamento in favore della parte convenuta della somma di lire 3.850.000= determinata dal perito di parte quale valore globale delle opere effettivamente eseguite e poste in opera nel locale di proprietà della stessa parte attrice.

Il pagamento delle spese e degli onorari del giudizio va posto a carico della parte convenuta, pressochè totalmente soccombente.

## 7.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 12 febbraio 1991.

S.A. Karnak (Avv. L. Mazza) : Comune di San Cataldo (Avv. G.M. Marcucci) – Causa n. 40, anno 1988<sup>70</sup>.

### **Mandato – Mancanza ed eccesso – Institore – Responsabilità del preponente.**

*E' lecito agire, nel nome e nell'interesse altrui, senza averne il potere, oppure ritenendo, erroneamente, di avere il potere di rappresentanza, ovvero eccedendo i limiti del potere conferito dal rappresentato.*

*In tali casi, il negozio concluso dal rappresentante produce la sua efficacia nei confronti del rappresentato.*

*Il preponente è tenuto all'esecuzione del contratto concluso dall'institore con il terzo, purché quanto stipulato rientri nei limiti dell'incarico conferito all'institore medesimo.*

---

## FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione in data 21 febbraio 1985 la Società Anonima Karnak convenne avanti a questo Tribunale il Comune di San Cataldo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, per sentirlo condannare al pagamento della somma di lire 36.070.418= relativa a merce fornita e non pagata.

Costituitasi in giudizio la parte convenuta, a mezzo di procuratore, svoltosi regolarmente il giudizio con ammissione di documenti prodotti dalla parte attrice ed escussione di testi ammessi sempre a richiesta della parte attrice, con sentenza interlocutoria 4 maggio 1990 (registrata in data 21 maggio 1990 al N.1875 Vol. 206 del Registro di formalità) sospesa

---

<sup>70</sup> Sentenza confermata dalla decisione di secondo grado del 28 novembre 1992; vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 7.

ogni decisione sul merito della causa e sull'onere delle spese, si mandava al convenuto Comune di San Cataldo di riprendere il giudizio per la regolare produzione dei documenti allegati in manica alla memoria conclusionale, per il loro esame, per ogni inerente eccezione e deduzione ai fini della definitiva decisione.

Con istanza 17 settembre 1990 la parte convenuta riprendeva il giudizio, produceva i documenti allegati in manica che venivano regolarmente ammessi. Trascorso il termine ad allegare, nell'udienza del 21 novembre 1990 i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le memorie conclusionali. Il procuratore della società attrice richiede l'accoglimento dell'istanza avanzata nell'atto introduttivo del giudizio. Il procuratore della parte convenuta richiede che l'istanza attrice sia respinta in quanto infondata in fatto ed in diritto.

Sono proprio i documenti prodotti dalla parte convenuta a dimostrare la fondatezza della richiesta attrice. Spetterà poi al Comune di San Cataldo, soccombente in questa causa, di esperire, ove lo ritenga opportuno, ogni azione, nelle sedi competenti, nei confronti di due emerite canaglie.

Si legge infatti nel memoriale inviato in data 18 settembre 1984 dal sig. Cataldo Ferrara, responsabile dell'ufficio archivio, protocollo e fotocopia, del Comune di San Cataldo al Segretario Generale del medesimo Comune:

- 1) "l'ordinazione del materiale allora venne fatta per esigenza urgente del materiale richiesto (come Sua in possesso lettera di richiesta) datata 6.11.1981/C., CL.4/Cod.4900/Rappr.Lomo, firmata dall'allora Vice Sindaco Angelo Favata";
- 2) "in data 10.12.1981 la Ditta Forese Spedizioni e Trasporti S.p.A. – Rimini Via Dell'Olmo n.49, consegnava, tramite il suo corriere di Palermo il sottoelencato materiale inserito in ogni bolla e fattura" per un ammontare complessivo di lire 31.868.226=;
- 3) dopo alcune settimane la Ditta Forese consegnò al Comune di San Cataldo altra merce spedita dalla Società Anonima Karnak per un ammontare di lire 4.364.426=.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla parte convenuta, risulta dunque che la merce fu regolarmente ordinata alla Società Anonima Karnak ed altrettanto regolarmente ricevuta dal Comune di San Cataldo. Afferma quest'ultimo che nell'ordinazione della merce furono commesse irregolarità amministrative, e forse anche di altra natura, ma nessuna prova di ciò è stata dedotta in atti. In ogni caso deve rilevarsi che se anche il Vice Sindaco Angelo Favata fosse stato un rappresentante senza potere, non sarebbe possibile al Comune di San Cataldo di rifiutare l'esecuzione degli obblighi assuntisi. E' lecito infatti che taluno agisca in nome e nell'interesse altrui senza averne il potere, come se taluno sia mosso a fare ciò unicamente per provvedere agli interessi di altra persona (*negotiorum gestio*), ovvero creda erroneamente di avere il potere di rappresentanza mentre in effetti non lo possiede; ovvero ecceda erroneamente o scientemente i limiti del potere conferitogli dal rappresentato od anche derivante dalla legge (eccesso di mandato, compimento di atti nell'interesse di persona giuridica senza le speciali autorizzazioni di cui il rappresentante ha bisogno). In tali casi il negozio concluso dal rappresentante produce la sua efficacia di fronte al rappresentato. Di fronte al terzo che ha contrattato occorre distinguere due casi:

- 1) se il negozio giuridico è compiuto dal terzo senza avere conoscenza della mancanza della facoltà di rappresentare nell'altra parte, egli ha diritto o di svincolarsi dall'impegno preso e ritenere il negozio come non fatto, oppure di scegliere di pretendere l'adempimento dell'obbligazione e di richiedere inoltre il risarcimento dei danni contro

il rappresentante ove questi sia in colpa, cioè gli abbia fatto credere di avere il potere di rappresentanza, mentre era consapevole di non averlo;

2) se invece chi agì col rappresentante era a conoscenza della sua mancanza di potere, si presume che egli abbia agito sotto la speranza di ratifica: il negozio vincola il terzo fin dal momento in cui egli dichiarò la sua volontà e non può revocarlo a meno che non intervenga la ratifica.

Nella fattispecie, non vi è prova alcuna che la società attrice dovesse o potesse dubitare del potere del Vice Sindaco di eseguire l'ordinazione della merce e neppure, che conoscendone la mancanza, abbia agito ed eseguito l'ordine in attesa di regolare ratifica. Altro principio di diritto è quello per cui il rappresentante, che agisce nel nome e nell'interesse del rappresentato, incontra responsabilità in proprio allorché dolosamente o colposamente oltrepassa i limiti del potere conferitogli.

Si legge ancora nel citato memoriale del sig. Cataldo Ferrara, che senza alcuna esitazione deve definirsi impiegato infedele e presumibilmente corrotto:

1) depositata negli uffici del Comune di San Cataldo la merce fornita dalla Società Anonima Karnak "che era in eccedenza" (ed è pertanto falso che non venne regolarmente ordinata ma presumibilmente commissionata in misura superiore alle effettive necessità del Comune) e di tale fatto essendo venuto a conoscenza il Segretario Generale del Comune medesimo, il Ferrara provvide a far sottoscrivere a Lo Monaco Franco, agente di zona della Società Anonima Karnak, una dichiarazione con la quale questi si impegnava a ritirare tutto il materiale richiesto ed elencato nelle bolle di accompagnamento rilasciate dalla Ditta Forese in data 10 dicembre 1981; il rappresentante provvide al ritiro della merce in data 28 dicembre 1981;

2) la merce spedita in data successiva e consegnata dalla Ditta Forese venne invece tranquillamente depositata in un magazzino di proprietà dello stesso Ferrara.

Con somma impudenza il Ferrara trae le seguenti conclusioni: "pertanto, dopo avere consegnato quanto sopra all'agente di zona Lo Monaco Franco, si veniva a trovare l'ufficio a posto, ed in particolare il Comune, in quanto con gli atti esistenti in ufficio, la Ditta Karnak, tramite Lo Monaco, si era accollata tutta la responsabilità derivante nei confronti della Karnak che come dimostrato dalla dichiarazione dallo stesso firmata, il materiale automaticamente si trovava in suo possesso e non al Comune. ... per quanto riguarda il materiale in mio possesso, dicasi la stessa cosa, in quanto dobbiamo vedercela noi due cioè il sottoscritto ed il Lo Monaco".

Per quanto riguarda il Lo Monaco, è appena il caso di rilevare che il rappresentante, a meno che non sia munito di espressa delega scritta della Società Anonima Karnak, non ha il potere di ritirare merce regolarmente ordinata e consegnata all'acquirente. Ciò è scritto in chiare ed evidentissime lettere sulle fatture emesse dalla società attrice e regolarmente ricevute dalla parte convenuta ed è confermato dai testi escussi nel corso del giudizio.

**Secondo il diritto comune qui vigente, ai commessi ed ai rappresentanti che viaggiano per compiere affari in nome e per conto dei loro principali si applicano le norme della *de institoria actione* (vedere il Voet che in Comm. ad Pand., 14, 3 numero 1 e seguenti, riferisce la *communis opinio*). Quindi il proponente è direttamente tenuto a quanto fu dal suo institore concordato con terzi "sempre ché sia stato contrattato per riguardo alla cosa di cui l'institore aveva avuto l'incarico (leg. 5 parag. 11 e leg. 11 parag. 5 ff. *de instit. Act.*)".**

**Non spetta al terzo assicurarsi se l'istitutore possa o non possa concedere quanto promette purchè la promessa non esca dalla sfera dell'affare a lui affidato. Se l'istitutore non osserva i limiti assegnatigli dal preponente, questi è egualmente tenuto di fronte al terzo (a meno che questi non fosse a conoscenza delle limitazioni) perché "in questi casi deve chi lo propose (l'istitutore) imputare a se stesso di avere ad un soggetto di tal fatta commesso la cura e la trattazione dei suoi interessi"** (Voet, l. c. n° 4).

E' di tutta evidenza che nel caso attuale il Lo Monaco, nel promettere ed effettuare il ritiro della merce commissionata alla Società Anonima Karnak, usciva scientemente e completamente fuori dall'ambito dell'affare a lui affidato e perciò non impegnava in alcun modo la società attrice. Può unicamente aggiungersi e ribadirsi, come già detto che le fatture contengono espressa clausola tale dalla quale il Comune di San Cataldo, o chi per esso agiva, poteva e doveva facilmente dedurre che la promessa del Lo Monaco non poteva essere ammessa o riconosciuta dalla società venditrice. Deve dichiararsi infine che nessun rilievo od alcuna giuridica efficacia può essere attribuita alla dichiarazione del Lo Monaco di provvedere al ritiro della merce "in quanto l'ordinazione non è stata ancora confermata dall'organo deliberante del Comune". Ove anche ciò corrispondesse a verità, ma non è in alcun modo provato, il rappresentante, a conoscenza di tale fatto, deve imputare unicamente a se stesso di non aver atteso il compimento dell'iter burocratico prima di trasmettere l'ordinazione della merce alla società attrice.

Da ultimo deve tenersi conto del fatto, certamente non marginale, che la merce fornita dalla Società Anonima Karnak, non pagata, spartita a loro esclusivo piacimento tra il Ferrara ed il Lo Monaco, mai e neanche in minima quantità è stata restituita alla società venditrice.

In base alle premesse considerazioni, in fatto ed in diritto, il convenuto Comune di San Cataldo deve essere condannato al pagamento in favore dell'attrice Società Anonima Karnak della richiesta somma di lire 36.070.418=. Su tale somma sono dovuti gli interessi alla legale ragione del 7% dalla data della citazione al saldo.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico della parte convenuta.

## 8.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 21 febbraio 1991.

S.A. Tecnodeca (Avv. G. Micheloni) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. L. Daniele e R. Cesarini) – Causa n. 243, anno 1988.

### **Imposte – Ricorso contro la decisione della Giunta di Stima – Motivi di ricorso – Dividendi – Regime tributario.**

*I dividendi, provenienti da partecipazioni azionarie, non seguono il regime tributario del reddito da impresa, bensì devono essere sottoposti ad un prelievo fiscale pari a quello cui sono sottoposti i redditi di capitale.*



## FATTO

Con istanza del 29 settembre 1988 l'attrice ha chiamato in giudizio la convenuta a sensi e per gli effetti del quinto comma, dell'art.29 della Legge 30 dicembre 1986, n°.155, per sentire "riformarsi in toto, per violazione e falsa applicazione della vigente legge 155/1986, la delibera di accertamento della Giunta di Stima del 18 luglio 1988", prot.4317/UT/25-70/5-70/25, notificata il 1° agosto 1988.

Si assume infatti da parte dell'attrice, di aver presentato ricorso per accertamento del reddito di imposta complementare e addizionale dell'Istituto per la Sicurezza Sociale (I.S.S.) sul reddito maturato nell'esercizio del 1984, pari al 7% di £.70.000.000= . La Giunta di Stima ha respinto il ricorso con la seguente motivazione: "pur ravvisando che la normativa del 1922 avrebbe necessitato di una chiarificazione da parte del Legislatore tuttavia, ritenuto l'impianto della predetta legge, considerata la prassi consolidatasi nel corso di numerosi anni nei confronti di tutti i soggetti societari, considerato infine che la società non ha sollevato obiezioni in relazione al trattamento in esame praticato per un precedente esercizio, conferma l'operato della Amministrazione Finanziaria".

Si assume altresì che l'accertamento, operato in via presuntiva sul bilancio 1984 di un reddito da partecipazioni nella s.p.a. Deca Italiana, pari al 7%, non trova riscontro nella documentazione presentata, dato che l'esercizio è stato chiuso con un utile netto di £.28.294.922=, non distribuito ai soci e imputato in parte a riserva legale e in parte a riserva straordinaria.

Si assume infine che nell'esercizio 1983, pur sussistendo una identica condizione, non è stata ravvisata l'esistenza di un reddito imponibile.

In via subordinata lamenta la parte attrice di essere stata sottoposta in ogni caso ad un prelievo fiscale in misura superiore a quella stabilita per legge che semmai, come reddito di impresa, che invece è da individuarsi nel 2%; in via principale che comunque non deve essere sottoposta a prelievo fiscale, perché non ha percepito reddito alcuno.

Eccepsce poi ai fini esecutivi di avere assolto, solamente "in ossequio al principio del solve et repete", sia l'imposta complementare, sia l'imposta addizionale, entrambe iscritte a ruolo.

Regolarmente costituitasi in giudizio la convenuta si è opposta alla istanza della attrice; nei termini di prova, sono stati ammessi i documenti prodotti dalla parte attrice; è stata respinta la richiesta di contraddittorio con il Sig. Direttore dell'Ufficio Tributario, sulla considerazione che non è parte in causa, mentre è stato ritualmente ammesso ed ascoltato quale testimone. E' stato poi ammesso, sempre come testimone, il sig.Presidente del Collegio Sindacale della s.p.a. Deca Italiana.

Nel termine di controprova non è stato invece ammesso un testimone accogliendo la fondata opposizione della parte attrice, perché il medesimo testimone "dovrebbe riferire su un testo di legge e non su fatti relativi all'oggetto del contendere".

Aperto il termine ad allegare e disposta l'irrotulazione, la causa, posta "pro servato", è stata trattenuta per la decisione.

Il procuratore della attrice, nelle finali allegazioni in diritto, ha concluso chiedendo di "riformare totalmente la decisione della Giunta di Stima, dichiarando non doversi assoggettare a ripresa fiscale la partecipazione azionaria della S.A.Tecnodeca nella Deca Italiana in quanto non produttiva di redditività per mancata distribuzione di utili. Condannarsi la Ecc.ma Camera di San Marino al pagamento delle spese ed onorari del

presente giudizio, che complessivamente si indicano in £.2.500.000=”.

I procuratori della convenuta hanno così concluso: “si chiede respingere l’istanza attrice in base al fatto che un reddito di impresa c’è stato e tale reddito va imputato a ciascun socio, indipendentemente dall’effettiva partecipazione, con vittoria di spese ed onorari tutti”.

## DIRITTO

1) L’art. 29 della Legge 30 dicembre 1986, n°.155, al quinto e sesto comma, dispone che “contro la decisione della Giunta di Stima, nel termine perentorio di 60 giorni dalla notifica della decisione medesima a cura dell’Ufficio Tributario, l’Ufficio Tributario e i contribuenti possono ricorrere all’autorità giudiziaria ordinaria per i casi di violazione o falsa applicazione di legge, per incompetenza o eccesso di potere. L’autorità giudiziaria, in attesa che venga definita la regolamentazione di cui al comma 3°, non può essere adita se prima non è stato esperito ricorso avanti alla Giunta di Stima”.

La competenza dell’autorità giudiziaria ordinaria a conoscere la domanda - in via di impugnativa della decisione di accertamento della Giunta di Stima, cui sembra doversi attribuire natura di seconda istanza (cfr.art.53 della Legge 16 marzo 1922, n°.10) -, deve almeno essere riconosciuta, avendo la parte attrice correttamente e tempestivamente impugnato in via di ricorso la decisione della Giunta di Stima “per violazione e falsa applicazione “dell’art. 37, ultimo comma, della vigente legge 155/1986”.

2) Nell’attuale regime fiscale i redditi derivanti dalla partecipazione ad una società sono considerati “redditi da capitale”, come è stabilito dal secondo comma, lettera c) dell’art.9 della Legge 30 dicembre 1986, n°.155. Si enuncia infatti, in modo del tutto inequivocabile, che “i dividendi e ogni altra somma derivante da partecipazione in Società, Enti, Associazioni od altre Organizzazioni, nonché gli interessi ed i frutti in genere di obbligazioni e di ogni altro titolo di credito diverso dalle azioni”, sono redditi da capitale.

Si deve però aggiungere che il regime fiscale, cui sono sottoposti i redditi da capitale, non investe anche i redditi prodotti all’estero dalle “persone giuridiche ed enti assimilati”. In via del tutto transitoria, perlomeno “fino a conclusione di accordi bilaterali per evitare la doppia imposizione”, come è stabilito dall’art.37, primo comma, della stessa Legge 30 dicembre 1986, n°.155, tali redditi definiti “di impresa” sono invece sottoposti a ben altra imposizione.

E’ infatti disposto dallo stesso art.37, ultimo comma, che “i redditi di impresa afferenti a persone giuridiche ed Enti assimilati, assoggettati a documentata ritenuta alla fonte a titolo di imposta, sono soggetti al prelievo fiscale determinato col rapporto proporzionale dei costi nella misura del 2%”.

Per la nozione di “reddito di impresa” è d’obbligo il rinvio all’art.13 della Legge 30 dicembre 1986, n°.155, che in generale lo definisce come “costituito dagli utili netti realizzati nel periodo d’imposta, risultanti dalla differenza tra l’ammontare dei ricavi comunque conseguiti, purché relativi alla produzione del reddito di impresa e l’ammontare dei costi inerenti sostenuti nell’esercizio dell’impresa”.

E’ evidente che tale regime fiscale deve essere coordinato ed integrato con quello precedentemente in vigore. **Il sistema di fonti aperto che segue l’ordinamento sammarinese, che è poi quello del diritto comune, qui diritto vigente, si svolge per incrementi, susseguendosi la produzione di norme nella stessa materia. E non**

**sempre si caratterizza in una vera e propria abrogazione di quelle già esistenti, bensì in una deroga, espressa nella differente disciplina, cosicché l'abrogazione potrebbe essere anche implicita.**

3) Ai fini di causa invece nulla rileva quanto disposto dai commi quarto e quinto dello stesso art. 13, che stabiliscono i valori che concorrono a formare il reddito di impresa.

Si deve invece precisare - come è stabilito nel sesto comma dello stesso art.13 - che "le plusvalenze realizzate nell'esercizio dell'impresa non concorrono a formare il reddito di impresa nella misura in cui siano [...] reinvestite in beni ammortizzabili entro il secondo periodo di imposta successivo a quello di realizzo". Tale regime avrebbe potuto essere preso in considerazione dalla Giunta di Stima, solo ove fosse stato dimostrato dalla parte attrice, che quanto prodotto dalla società italiana, è stato poi reinvestito.

A questo proposito invece correttamente eccepisce la convenuta di avere applicato l'art. 16, e quindi anche l'art. 18, della Legge 16 marzo 1922, n. 10, tenendo conto non solo dei redditi certi, ma anche di quelli dedotti in via presuntiva e non deducibili.

In conclusione, contrariamente a quanto afferma la parte attrice in via principale, **si può affermare che i "dividendi e ogni altra somma derivante da partecipazione in Società, Enti, Associazioni od altre Organizzazioni", che proprio per legge sono espressamente e specificatamente definiti come reddito da capitale, non sembrano potersi collocare come "reddito di impresa".**

**In altre parole e al di là di ogni precisazione teorica o dottrinaria, la distribuzione di dividendi, provenienti da partecipazioni azionarie, non seguono il regime tributario del reddito di impresa, bensì per statuizione positiva devono essere sottoposti ad un prelievo fiscale pari a quello cui sono sottoposti i redditi da capitale.**

Nel caso di specie però i redditi provenienti dalla partecipazione della attrice ad una società italiana, proprio perché sono prodotti all'estero, come è stato censurato in via subordinata dalla parte attrice, seguono il regime transitorio dell'art.37, che invece li colloca ex lege tra i redditi di impresa e li sottopone ad un prelievo fiscale stabilito in misura non superiore al 2%.

4) Le censure della parte attrice, nei confronti della deliberazione d'accertamento della Giunta di Stima, devono pertanto ritenersi parzialmente fondate ed essere accolte soltanto per le ragioni spiegate in via subordinata.

Sono fondate non sull'effettiva produzione del reddito, - che è valutazione presuntiva affatto censurabile, perché legittimamente esercitata dall'Ufficio delle Imposte -, bensì perché siamo in presenza di un reddito, o meglio parte di un reddito, che la legge ritiene doversi trattare sul piano fiscale come reddito di impresa.

Proprio perché i dividendi, provenienti dalla partecipazione azionaria della attrice alla società italiana, non costituiscono reddito di capitale, bensì di impresa, e proprio perché tale reddito è stato prodotto durante l'esercizio finanziario del 1984, anche se non è avvenuta alcuna distribuzione di dividendo, la delibera di accertamento della Giunta di Stima, per la parte di reddito dichiarato, è da ritenersi viziata da violazione e falsa applicazione di legge, dato che per tale cespite l'aliquota da applicarsi è del 2%.

L'operazione contabile con cui gli utili sono stati collocati a riserva, vuoi legale, vuoi straordinaria, non contrasta con una loro valutazione come reddito di impresa.

La generica motivazione della deliberazione della Giunta di Stima, censurata dalla parte attrice, esprime considerazioni certamente legittime de iure condendo, ma in questa sede del tutto irrilevanti sul piano giuridico; la prassi invocata sulla valutazione in via

presuntiva trova invece conforto nella vigente disciplina, che peraltro si costruisce in sistema senza eccessive difficoltà.

Si deve però sottolineare che la motivazione, contro cui la parte attrice ha presentato impugnativa, è in netto contrasto con la applicazione di una aliquota del 7%, perlomeno sul reddito dichiarato.

Contrariamente alle conclusioni, spiegate nell'interesse della convenuta nelle finali allegazioni in diritto, che riconoscono il reddito impugnato ex adverso come reddito di impresa, a tale reddito non è poi stata applicata l'aliquota prevista dalla legge.

Perché se è vero che esiste un reddito di impresa - così si conclude pure nell'interesse della convenuta -, allora è anche vero che tale reddito non può essere assoggettato ad una imposizione nella misura del 7%, bensì, come è stabilito per legge, del 2%.

Ciò va opportunamente e fermamente stigmatizzato perché anche le stesse conclusioni della convenuta sono in accordo con la presente decisione - che esercita soltanto poteri di annullamento e non di riforma, a sensi e per gli effetti del già enunciato art.29 della Legge 30 dicembre 1986, n°.155.

Va infatti definitivamente ribadito, anche sul piano degli attributi formali, che il testo della motivazione della impugnata deliberazione di accertamento della Giunta di Stima, non qualifica il reddito come un reddito di impresa.

5) Premesso che la valutazione presuntiva dell'Ufficio non è stata formalmente dedotta in impugnazione avanti alla Giunta di Stima, si deve nuovamente precisare che i redditi di impresa, soggetti alla aliquota ridotta del 2%, per definizione sono soltanto quelli "assoggettati a documentata ritenuta alla fonte a titolo di imposta".

Orbene il regime dei redditi di impresa è transitorio, per evitare parzialmente gli effetti della "doppia imposizione sui redditi" - la vera ratio della norma. Nel caso di specie si può definire come reddito di imposta solamente il cespite dichiarato dall'attrice, non l'intera somma accertata in via presuntiva dall'Ufficio delle Imposte.

Il reddito certo e dichiarato dalla attrice, che costituisce solamente parte del reddito presuntivamente accertato, deve quindi presumibilmente ritenersi come già assoggettato "a documentata ritenuta alla fonte a titolo di imposta". Solamente a tale reddito si devono riconoscere i caratteri del reddito di impresa e gravarsi della aliquota ridotta.

Ma quella parte di reddito, che invece è stato accertato presuntivamente e che quindi non è mai stato assoggettato "a documentata ritenuta alla fonte a titolo di imposta", deve ritenersi a tutti gli effetti reddito da capitale e sottoporsi alla relativa aliquota del 7%.

Le spese e gli onorari di causa seguono la soccombenza e sono da porsi carico della convenuta.

## 9.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 25 febbraio 1991.

Galassi Marco e Macina Ines Maria (Avv. F. Ciacci) : Benedettini Davide e Berardi Palma (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 132, anno 1986.

**Responsabilità – Colpa Comune – Colpa Reciproca.**

---

## FATTO E DIRITTO

Premesso che in data 21 giugno 1985, in località Galazzano, avvenne lo scontro tra la motocicletta condotta dal Galassi, di proprietà della Macina, con l'autovettura condotta dalla signora Berardi Palma, di proprietà del Benedettini, per esclusiva responsabilità della Berardi, il signor Galassi Marco e Macina Ines Marina convennero avanti a questo Tribunale i signori Benedettini Davide e Berardi Palma per sentirli condannare al pagamento:

- 1) della somma di lire 5.174.086= in favore del Galassi per danni da invalidità temporanea e morali;
- 2) della somma di lire 3.035.265= in favore della Macina a ristoro di spese sostenute per la riparazione del motoveicolo.

A loro volta i convenuti Berardi e Benedettini proposero azione in via riconvenzionale nei confronti degli attori Galassi e Macina per sentirli condannare al pagamento della somma di lire 2.041.415=, importo dei danni cagionati all'autovettura di proprietà del Benedettini.

**La giurisprudenza sammarinese ha costantemente affermato che, nel caso di collisione tra due “veicoli a trazione meccanica” (nei quali ovviamente si ricomprendono sia gli autoveicoli sia i motoveicoli) sussiste a carico di ciascuno dei conducenti la presunzione di colpa di cui all'art. 3 della Legge 6 marzo 1922 n. 13. Occorre tuttavia tenere distinto il caso in cui l'urto o lo scontro o la collisione abbia prodotto danni in entrambi i veicoli a quello in cui uno solo abbia subito danni. Nel primo caso non appare dubbio che la presunzione di colpa esista a carico di entrambi i conducenti, e ciò in base al sostanziale rilievo che la norma del richiamato art. 3 è assoluta nella sua lettera e sarebbe quindi arbitrario fare distinzioni. Nel secondo caso, è da ritenere (poiché la disposizione dell'art. 3 è basata sulla esistenza di danno) che la presunzione di legge stia a carico del solo conducente che ha cagionato il danno.**

**E' da rilevare inoltre che il concorso o la reciprocità di colpa è da ammettere in ogni caso. Per altro tale concorso o reciprocità, dovendo riportarsi alle norme generali, agisce in modo diverso nel caso in cui il danno sia stato subito da un solo veicolo o da entrambi.**

**Nel primo caso si ha concorso di colpa ed il concorso consiste nel fatto che vi è, nello stesso ed unico danno, colpa da parte di chi lo produsse ed anche da parte di chi lo subì. E perciò ciascuno dei due soggetti, in quanto autore di un autonomo atto colposo, deve rispondere del danno subito da uno solo di essi. Qui la circostanza che il danneggiato è anche in colpa, fa sì che esso debba rispondere verso sé medesimo (autoreresponsabilità) e ciò attenua pertanto la responsabilità dell'autore del danno mediante ripartizione proporzionale delle responsabilità. Il principio della compensazione delle colpe, che opera in questo caso, importa che il risarcimento deve proporzionarsi all'efficienza della colpa in cui è incorso ciascuno degli autori del danno (danneggiante e danneggiato) e ciascuno risponde nella misura del grado di colpa efficiente che gli si può ascrivere; cosicché, in definitiva, il danneggiante non sopporta intero il peso dell'indennizzo.**

**Nel secondo caso, in cui vi è non un solo danneggiato ma due, ciascuno di essi è, in pari tempo, danneggiato e danneggiante. In questo caso si hanno “colpe**

**reciproche”, in cui non funziona la compensazione delle colpe, ma il principio della compensazione dei danni, che si riannoda alla figura dell’ordinaria compensazione dei crediti e dei debiti reciproci.** Ovviamente la compensazione dei danni può essere e riconoscersi o totale o parziale. Nella fattispecie deve dichiararsi la compensazione totale dei danni subiti da attori e convenuti. Responsabilità determinante nel verificarsi dell’incidente deve porsi a carico della signora Berardi Palma, conducente dell’autovettura. In sede di opposizione al decreto penale emesso nei suoi confronti la signora Berardi con sentenza 28 novembre 1986 (emesso nella causa penale a procedimento sommario n.207 dell’anno 1986) venne assolta per non constare a sufficienza la sua colpevolezza, e quindi con il beneficio del dubbio, dalla contravvenzione prevista dall’art. 7 del regolamento 6 marzo 1922 n.13 e dell’art. 12 lettera I della Legge 17 marzo 1964 n.12 per avere trascurato di procedere costantemente alla propria destra. Argomentò il Commissario della Legge: “In vero la Berardi veniva compiendo una manovra che, stando la situazione dei luoghi, le imponeva un allargamento verso il centro della strada. Ora è ben vero che ciò si traduce in un abbandono della destra (ossia del lato destro della carreggiata), ma per breve o brevissimo tratto e per necessità. Né possiamo qui considerare – poiché non si procede per lesioni – se la Berardi abbia usato nella manovra necessitata tutta la prudenza imposta dall’indole e dalla pericolosità della manovra stessa. Queste diverse considerazioni sembrano al giudicante sufficienti per una pronuncia assolutoria con formula dubitativa”. In sede civile, deve dichiararsi che la Berardi non ha usato la prudenza che la pericolosità della manovra imponeva. Le caratteristiche della strada, che in quel punto presenta una curva a destra, a raggio ampio ma con visuale coperta, dovevano indurre la Berardi per essere esente da responsabilità di fermare l’autovettura sul ciglio destro della strada, di accertarsi della provenienza di veicoli sulla stessa corsia di marcia e quindi di effettuare la manovra di svolta a destra per immettersi nel vialetto di accesso alla sua abitazione. A carico della Berardi va posta l’ulteriore negligenza di aver omesso di azionare il lampeggiatore direzionale per segnalare la propria manovra. Responsabilità di eguale grado a quella della Berardi va attribuita al Galassi per negligenza, imprudenza, inosservanza di norme e regolamenti nella guida della motocicletta. Percorrendo una strada con le caratteristiche di cui si è detto, in primo luogo il Galassi non manteneva la distanza di sicurezza dal veicolo che lo precedeva. Inoltre non teneva certamente una velocità consona allo stato dei luoghi ed in ogni caso da definirsi oggettivamente ed obiettivamente pericolosa. La motocicletta da lui condotta ha lasciato sull’asfalto una traccia di frenata di intensità crescente di circa metri 17: ciò è prova (tenendo conto dei tempi di reazione e di esecuzione) di velocità eccessiva anche in rapporto al fatto che in quel tratto la strada si presenta in ascesa. Gli agenti del Corpo di Polizia Civile, intervenuti sul luogo dell’incidente, hanno accertato che sulla motocicletta condotta dal Galassi erano montati pneumatici da cross con tacchetti. E’ comune nozione che tale tipo di pneumatici può essere ideale per evoluzioni sportive su suolo sterrato ma causa su strada asfaltata sbandamenti e difficoltà di controllo del motoveicolo.

Occorre considerare infine:

- 1) la collisione tra i due veicoli è avvenuta al centro della corsia di destra percorsa da ambedue i veicoli stessi che presenta una larghezza di oltre m. 4;
- 2) l’urto ha interessato l’estrema parte posteriore dell’autovettura.

Risulta chiaro in definitiva che tenendo una velocità inferiore e soprattutto prestando maggiore attenzione il Galassi aveva tutto lo spazio occorrente per superare a sinistra l'autovettura.

Alla compensazione totale dei danni subiti dalle parti in causa logicamente consegue l'integrale compensazione tra le stesse delle spese e degli onorari del giudizio.

#### 10.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 27 febbraio 1991.

Mazza Lamberto (Avv. A.S. Belluzzi) : Credito Industriale Sammarinese (Avv. M. Nicolini) – Causa n. 16, anno 1990.

#### **Documento – “Actio ad exhibendum” – Estremi – Produzione “in manica”.**

*E' accordata l'actio ad exhibendum quando concorrono gli estremi: a) il documento deve essere proprio di chi lo chiede in esibizione o almeno ad esso comune; b) l'azione deve essere diretta contro la parte avversaria nella lite e non già anche contro i terzi; c) il documento richiesto deve trovarsi effettivamente presso l'avversario; d) il documento o la copia di esso non possono ottenersi in altro modo.*

*La “ratio” che giustifica la produzione “in manica” è solo e soltanto di economia processuale, qualora il documento prodotto sia manifestamente decisivo.*

---

(omissis)

#### 11.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 27 febbraio 1991.

S.n.c. GIEFFE (Avv. R. Bonelli) : S.A. Grandidea (Avv. L. Lonfernini) – Causa n. 180, anno 1989.

#### **Litispendenza - Eccezione – Inammissibilità – Contratti di appalto e locazione d'opera – Distinzione – Disciplina – Domanda riconvenzionale – Proposizione.**

*E' improponibile l'eccezione di litispendenza quando, per lo stesso fatto, uno dei due giudizi identici penda innanzi a tribunali stranieri.*

*Il contratto di appalto presuppone l'esistenza di una organizzazione a carattere d'impresa.*

*Nella “locatio operis”, invece, l'esecutore si avvale prevalentemente dell'opera propria. Peraltro entrambi i contratti sono assoggettati alla medesima disciplina.*

*La domanda riconvenzionale può essere avanzata nel corso della causa, purché a tempo debito, cioè in modo da far salvo il contraddittorio.*

---

FATTO

Con atto di citazione in data 23 giugno 1989 la società in nome collettivo GIEFFE di Ghiandoni F. & C. ha convenuto avanti a questo Tribunale la società anonima GRANDIDEA per sentirla “dichiarare dovuta all’istante, per le causali di cui in premessa, la somma di £. 100.989.000=, e quindi sentirsi condannare al pagamento di detta somma, con gli interessi legali dalla data in cui il pagamento doveva essere effettuato e condanna al pagamento di ogni spesa di causa, onorari di avvocati compresi”.

Assumeva l’attrice di aver ricevuto dalla convenuta una proposta di lavorazione per n. 619 capi di vestiario, proposta che veniva accettata. Essa attrice dava quindi corso alla lavorazione e provvedeva a consegnare i capi di vestiario finiti alla convenuta nei termini contrattualmente stabiliti. La convenuta accettava la merce senza sollevare contestazione alcuna, e solo dopo l’invio delle fatture, in data 15 aprile 1989, dichiarava di sospendere il pagamento di quanto ancora dovuto - pari a £. 100.989.000= - a seguito di addebiti mossi nei suoi confronti dalla cliente, che “appare la originaria committente della fornitura di cui trattasi”.

Si costituiva in data 14 settembre 1989 - dopo l’apertura del primo termine probatorio - la convenuta a mezzo di procuratore, il quale, dopo aver precisato “che la società Grandidea ha ritenuto opportuno sospendere i pagamenti alla società Gieffe in quanto quest’ultima [...] ha prodotto capi di vestiario, a lei commissionati da Grandidea, in quantità maggiori di quelli convenuti, immettendoli poi sul mercato per conto proprio a prezzi inferiori e quindi assumendo un comportamento non solo non previsto dal rapporto contrattuale e che si concretizza in un illecito, mettendo in atto una concorrenza che va oltre la slealtà commerciale”, presentava istanza di citazione in via riconvenzionale nei confronti della società in nome collettivo Gieffe, al fine di sentirla “dichiarare inadempiente nei confronti della Grandidea per le causali in narrativa, condannare a risarcire i danni che in corso di causa verranno individuati e quantificati e dichiarare compensato fino alla loro concorrenza il credito della Gieffe ed il credito che potrà vantare la Grandidea per le causali sopra citate e quindi condannare quest’ultima per la eventuale differenza”. Chiedeva inoltre la procura convenuta la sospensione del presente giudizio fino alla definizione di un procedimento civile, pendente avanti al Tribunale di Rimini, promosso dalla Gilmar s.p.a. contro la Grandidea s.a.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi documenti ed escussi testi; infine veniva aperto il termine per le allegazioni in diritto.

La procura attrice ha concluso “per l’integrale accoglimento della domanda attrice, e per il rigetto delle eccezioni e della domanda riconvenzionale della convenuta, col favore delle spese e degli onorari di giudizio, e con sentenza munita di clausola di provvisoria eseguibilità”.

La procura convenuta ha, invece, così concluso: “si chiede che venga respinta la richiesta di pagamento da parte della Gieffe in attesa di conoscere in via definitiva l’esito del procedimento in corso avanti al Tribunale di Rimini, di cui all’atto di riconvenzione, allo scopo di definire e quantificare il danno causato alla Grandidea dal comportamento tenuto dalla Gieffe durante il rapporto contrattuale. La definizione della causa tra la ditta



Gilmar e Grandidea è indispensabile in quanto quest'ultima è chiamata a rispondere, quale commissionaria, per danni causati dal comportamento della Gieffe, quale sub commissionaria. Con vittoria delle spese legali e di giustizia”.

## DIRITTO

1. L'attrice richiede dunque la condanna della convenuta ad adempiere all'obbligo contrattualmente stabilito di pagarle una somma di denaro quale contropartita per la consegna di capi di abbigliamento da essa attrice prodotti su richiesta della convenuta. La convenuta, invece, pur non contestando l'avvenuta consegna dei capi commissionati alla attrice, e non lamentando la presenza di vizi o difetti negli stessi, avanza domanda riconvenzionale di condanna della attrice al pagamento dei danni conseguenti al fatto di aver prodotto capi di abbigliamento in quantità maggiore di quella richiesta e di averli rivenduti a prezzi inferiori, comportamento questo che costituirebbe inadempimento contrattuale e, nel contempo, atto di concorrenza sleale.

Nelle allegazioni conclusive, peraltro, la procura convenuta - attrice in via riconvenzionale - si limita a richiedere il rigetto della domanda attrice “in attesa di conoscere in via definitiva l'esito del procedimento in corso avanti al Tribunale di Rimini”.

2. Sulla scorta di quanto precede, si deve, *in primis*, verificare se sia ammissibile la richiesta della procura convenuta di pronunciare una sentenza di rigetto delle pretese attoree senza decidere nel merito, in attesa della definizione di un diverso procedimento pendente avanti ad una autorità giudiziaria straniera.

E' necessario tuttavia osservare che non è stata data alcuna prova della pendenza di un procedimento avanti al Tribunale di Rimini promosso da Gilmar s.p.a. contro Grandidea s.a. E' stata, infatti, prodotta in atti solo fotocopia non autentica di un atto di citazione nel quale non è indicata la data dell'udienza di comparizione, e che non riporta in calce la relata di notifica alla convenuta. Detto documento, peraltro mai ammesso formalmente agli atti di causa, non è nemmeno in regola con l'imposta di bollo, per cui, ai sensi degli artt. 14 e 15 della legge 29 ottobre 1981 n. 86, non può in alcun modo essere preso in esame dal giudicante.

Nonostante ciò, vale la pena rispondere alla questione proposta, per l'interesse pratico della stessa.

*La giurisprudenza sammarinese ha affrontato esclusivamente il problema della proponibilità della eccezione di litispendenza quando uno dei due giudizi identici penda innanzi a tribunali stranieri (cfr. T.C. GIANNINI, Sommario di procedura giudiziaria sammarinese, II ed. riveduta dal dott. F. Violi, San Marino, 1967, p. 26 s.), risolvendolo in senso negativo. Tale orientamento risulta suffragato dall'art. 5 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato tra San Marino e Italia del 31 marzo 1939, il quale dispone che le decisioni emesse in uno dei due Stati possono avere esecuzione nell'altro quando “al momento della emanazione della decisione non fosse pendente, nello Stato in cui essa viene invocata, un giudizio per la stessa controversia”. Questa disposizione convenzionale è stata così interpretata dalla giurisprudenza: “da ciò non deriva affatto che (esistendo separato giudizio nei due Stati per la stessa controversia) o l'autorità giudiziaria sammarinese o quella italiana debba sospendere il giudizio che ad essa compete secondo le leggi del loro Stato. Lo stesso art. 5 al n. 3 (passato al n. 4 con gli accordi aggiuntivi 28 febbraio 1946 e 29 aprile 1953) della predetta convenzione*

*conferma la possibilità di un duplice giudizio, per la stessa controversia, avanti le autorità dei due Stati” (Sentenza del Commissario della Legge in data 31 agosto 1955, in Giur. Samm., 1963, fasc. 3, p. 363).*

*E' questa una conseguenza del principio della inderogabilità della giurisdizione sammarinese, conseguente al riconoscimento della potestas jurisdictionis, che è uno degli attributi della sovranità statale. Se, dunque, è possibile la contemporanea pendenza di due giudizi identici (litispendenza) avanti alla autorità giudiziaria sammarinese e a quella italiana, a maggior ragione sarà da affermarsi la competenza sammarinese a decidere nel merito quando tra il giudizio pendente avanti a questa e quello avanti alla autorità giudiziaria straniera vi sia solo una qualche connessione, o una qualche affermata “pregiudizialità” per ragioni di opportunità. Ed in effetti tra l'azione promossa da Gieffe s.n.c. contro Grandidea s.a. e quella promossa in Italia da Gilmar s.p.a. contro Grandidea s.a. non sussiste né connessione soggettiva (essendo diversi i soggetti), né oggettiva (essendo diversi petitum e causa petendi). Potrebbero sembrare, semmai, connesse per causa petendi l'azione riconvenzionale promossa da Grandidea s.a. contro Gieffe s.n.c. e quella pendente in Italia, ma ciò non può evidentemente costituire il presupposto per la sospensione del giudizio pendente avanti a questa Autorità Giudiziaria.*

*In conclusione, non può l'Autorità Giudiziaria sammarinese, correttamente adita dall'attore straniero sulla base del principio generale di diritto comune “actor sequitur forum rei” (essendo la convenuta una persona giuridica di diritto sammarinese), abdicare alla propria giurisdizione, sospendendo il giudizio - siccome richiesto dalla procura convenuta con la comparsa di costituzione in giudizio - o rinunciando a pronunciare nel merito fino alla definizione di un procedimento diverso pendente avanti ad una autorità giudiziaria straniera.*

Tale assunto risulta nel caso di specie confermato anche dal principio di diritto internazionale che impone il rispetto della condizione di reciprocità, disponendo l'art. 3 del codice di procedura civile italiano che “la giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti al giudice straniero della medesima causa o di altra con questa connessa”.

3. Ciò premesso, si deve esaminare la questione sottoposta dalla attrice con la domanda principale.

Tra le parti - come detto - è stato concluso un contratto con il quale la GIEFFE s.n.c. si impegnavano a realizzare un certo quantitativo di capi di abbigliamento per la GRANDIDEA s.a., verso il corrispettivo, da parte di quest'ultima, di una somma di denaro.

*L'obbligo assunto dalla parte attrice, dunque ha per contenuto un “facere”, mentre quello della parte convenuta consiste in un “solvere”: “trattasi quindi di una tipica <<locatio operis>>” (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 21 novembre 1990, nella causa civile n. 204 dell'anno 1987).*

*Invero, la giurisprudenza sammarinese ha distinto il contratto d'appalto dal genus della <<locatio operis>>, ponendo il principio che si ha “locatio operis” quando “il prestatore d'opera agisce e lavora in condizione d'autonomia col solo obbligo di fare avere all'imprenditore il risultato finale del suo lavoro. [...] Il contratto d'appalto, pur essendo una locazione di opere, si suole distinguere da quest'ultima perché presuppone la esistenza di una organizzazione a carattere di impresa la cui attività si svolga mediante l'impiego di lavoro subordinato altrui. Nella locazione di opere, invece,*

*l'esecutore si avvale prevalentemente dell'opera propria o di quella dei membri della sua famiglia" (sentenza del Commissario della Legge in data 2 gennaio 1959, Giur. Samm., 1964, fasc. 2, p. 167 s.). E' stata peraltro confermata la sottoposizione di entrambi i contratti alla medesima disciplina.*

Si può dunque prescindere dalla verifica della natura "artigianale" o meno dell'attività prestata dalla attrice, dovendo in ogni caso essere applicata la disciplina della <<locatio operis>>.

*La dottrina del diritto comune ha attribuito alla conventio la funzione di delimitare e definire gli obblighi delle parti nella "locatio operis" ("teneatur artifex opus construere iuxta formam, typum et plantam conventam": M.A. SABELLI, Summa diversorum tractatum, tomus tertium, voc. locatio, n. 11, ed. Bononiae, 1675, p. 113), per cui "il contenuto dell'elemento convenzionale è dunque essenziale nella locazione d'opera e le rispettive prestazioni hanno fondamento proprio nell'accordo tra le parti. Ne discende che la prestazione del locatore d'opera costituisce l'adempimento, che è poi quanto pattuito" (sentenza del Commissario della Legge in data 4 giugno 1990 nella causa civile n. 238 dell'anno 1988). Il locatore d'opera, in definitiva, si obbliga, contro il pagamento della "mercede", a procurare al committente il risultato convenzionalmente pattuito (per usare un termine proprio della dottrina moderna, si tratta di "obbligazioni di risultato").*

L'esame del contratto, definito "accordo di lavorazione", consente di affermare che la convenuta ha affidato alla attrice "la proposta di lavoro n. 35 nella quale sono evidenziati i capi per modello stagionali che Lei si impegna a trasformare per ns. conto". Clausola contrattuale essenziale è la n. 2, relativa alla data di consegna dei capi lavorati ("urgente" e "30/01/89 saldo"). Viene inoltre specificato che i capi devono essere prodotti secondo "i dettagli e le caratteristiche qualitative richieste dall'azienda", mentre per i "prezzi" si fa esplicito rinvio "a quelli allegati e trascritti nell'allegata proposta" (pure ammessa agli atti di causa). Risulta, altresì, dai documenti prodotti in giudizio dalla attrice che in data 16 febbraio 1989 la convenuta richiedeva uno sconto del 50% "come pattuito" per "mod. 2625 n. 17 capi di 2° scelta" non indicati nelle bolle di consegna. Solo in data 15 aprile 1989 la convenuta, dopo aver ricevuto regolarmente la consegna dei capi convenuti (l'ultima bolla di accompagnamento agli atti è datata 21 marzo 1989), comunicava all'attrice che la committente GILMAR s.p.a. le aveva contestato il fatto che "la ditta GIEFFE s.n.c. di Resina (Perugia) vende capi ICEBERG e GERANI, la cui realizzazione era stata dalla GILMAR commissionata a Voi, che, senza il preventivo convenuto consenso della GILMAR, l'avete girata alla GIEFFE", sospendendo "ogni e qualsiasi pagamento", onde anche essa convenuta, nel mentre richiedeva a Gieffe di spiegare "cosa esattamente è avvenuto e se è vero che avete venduto a terzi capi ICEBERG e GERANI", decideva di sospendere i pagamenti. Seguiva, in data 29 aprile 1989, la risposta di GIEFFE, nella quale veniva chiarito il motivo della mancata consegna di alcuni capi e veniva affermato che tre di questi (art. 2625, art. 7616 e art. 7701) erano stati venduti ad "una ragazza che insistentemente ce l'ha chiesto", perché fallati e ad un prezzo inferiore a quello che GRANDIDEA le avrebbe corrisposto.

In definitiva, dal testo dell'accordo prodotto in atti si evince che GRANDIDEA s.a. ha ricevuto tempestivamente la consegna dei capi di abbigliamento commissionati alla GIEFFE s.n.c.; che non sussiste contestazione sul numero dei capi forniti (limitandosi la convenuta a richiedere lo sconto "pattuito" per n. 17 capi di 2° scelta non indicati nelle bolle di consegna) né sulla qualità degli stessi; che, infine, non sono state contestate le

fatture (per l'importo di £. 100.989.000=). E tali rilievi non sono nemmeno stati mossi in corso di causa.

4. La procura convenuta si limita ad affermare, nella comparsa di costituzione in giudizio, che "la società Grandidea ha ritenuto opportuno sospendere i pagamenti alla società GIEFFE in quanto quest'ultima si è resa responsabile di fatti che stanno creando seri inconvenienti e che la danneggiano sia sotto l'aspetto morale sia sotto quello materiale". Tali fatti - è ormai noto - sono gli addebiti che la GILMAR s.p.a. ha mosso a GRANDIDEA s.a. e che costituiscono fondamento dell'azione intrapresa dalla prima avanti al Tribunale di Rimini.

Tale eccezione, *prima facie*, pare qualificarsi come "***exceptio non adimpleti contractus***" o "***non rite impleti contractus***", prevista da **D. 19, 1, 13, 8** ("Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur: et ideo si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio. Venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit") **per la "emptio-venditio"**, ed estesa successivamente a tutti i contratti sinallagmatici, con la quale "da ciascuno dei contraenti può essere opposta all'avversario che si faccia a domandargli la controprestazione senza avere eseguito od almeno offerto la propria" (sentenza del Commissario della Legge in data 10 maggio 1965, *Giur. samm.*, 1964-69, p. 272). A ben vedere, tuttavia, deve escludersi nella specie, almeno allo stato degli atti, un inadempimento dell'attrice, che ha rispettato la disciplina contrattualmente prevista - realizzando il risultato stabilito -, onde la convenuta non può rifiutare il pagamento di quanto altrettanto pattiziamente è stato stabilito. Nel contratto prodotto in atti non risulta, inoltre, essere stato sancito - come clausola essenziale - il divieto di produrre capi in quantità maggiore di quella convenuta per rivenderli a terzi. E peraltro la lievità del fatto - vendita a terzi di n. 2 capi fallati e di 1 capo- prova - non può in alcun modo essere tale da escludere il diritto dell'attrice al compenso pattuito.

5. Resta da esaminare la domanda proposta dal convenuto con la citazione riconvenzionale.

Devesi, in via preliminare, rilevare la ritualità della proposizione di tale domanda ed il fatto che la stessa è stata avanzata dopo l'apertura del primo termine probatorio - di cui, peraltro, non ha usufruito nemmeno l'attrice principale - in uno con l'atto di costituzione in giudizio.

*La giurisprudenza sammarinese ha stabilito che la domanda riconvenzionale può essere avanzata nel corso della causa, anche senza citazione solenne, purché a tempo debito e cioè in modo da far salvo il contraddittorio (cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 18 agosto 1937, *Giur. samm.*, 1963, fasc. I, p. 61), ed altresì, che la "convenzione e la riconvenzione simul decidendae sint. In via di eccezione [...] se la domanda principale è in istato di essere decisa e quella riconvenzionale è invece multis ambagibus innodata si debba spedire la prima e ritardare la seconda" (sentenza del Commissario della Legge in data 27 maggio 1936, *Giur. samm.*, 1935-36, p. 114 ss.). Tale ultimo assunto dagli autori del diritto comune è posto in correlazione al momento della presentazione della domanda riconvenzionale, per affermare che se questa è avanzata al momento della costituzione in giudizio, deve essere decisa insieme alla domanda principale ("sebbene sia più sano partito pel reo il fare la riconvenzione subito al primo entrar della lite, affinché entrambe le liti procedano di pari passo [...] talvolta nulla osta ch'essa venga fatta dappoi in qualsivoglia stato del processo: bene inteso però che in questo caso non va altrimenti decisa colla sentenza medesima anche*

*la lite di riconvenzione*”: J. VOET, *Commento alle Pandette, ed. riveduta e corretta da L. Fortis, Lib. V, Tit. I, n. 80, Venezia, 1847, p. 754*).

Nel caso di specie, come detto, il convenuto ha tempestivamente proposto la riconvenzionale, sì che l'istruttoria della principale e della riconvenzionale è proceduta di pari passo, per cui le due domande devono essere decise con una unica sentenza.

6. Reclama la convenuta, nella domanda riconvenzionale, l'esistenza dell'inadempimento contrattuale della attrice e, contemporaneamente, la responsabilità extracontrattuale della stessa per concorrenza sleale.

Durante l'istruzione della causa sono stati escussi testi, indotti dalla procura convenuta, perché confermassero, in sostanza, l'inadempimento derivante dall'aver GIEFFE venduto a terzi capi di abbigliamento con marchi “ICEBERG” e “GERANI” a prezzi inferiori rispetto a quelli normalmente praticati.

Nelle allegazioni conclusive, tuttavia, la procura convenuta non ribadisce la domanda di condanna della parte attrice al risarcimento dei danni, limitandosi a chiedere esclusivamente il rigetto della “richiesta di pagamento da parte della Gieffe in attesa di conoscere in via definitiva l'esito del procedimento in corso avanti al Tribunale di Rimini”.

Se ne evince, pertanto, che si è inteso evitare una pronuncia sulla domanda riconvenzionale, onde ogni decisione del giudicante al riguardo sarebbe da qualificarsi “*ultra petita*”, e, come tale, sarebbe viziata.

Alcuni aspetti, tuttavia, meritano di essere segnalati per la connessione con la domanda principale.

La teste Stefania Gerani, dipendente della Gilmar s.p.a. e parente del legale rappresentante della stessa, afferma che: “la società Gieffe ha prodotto e venduto un numero di capi di abbigliamento superiore a quelli ordinati dalla Grandidea”, in quanto dipendenti dell'agenzia Carpinvestigazioni “si sono recati presso il laboratorio e sono riusciti ad acquistare un numero di capi che il laboratorio non poteva avere, dal momento che alla Gilmar erano stati consegnati tutti i capi che erano stati commissionati al laboratorio”. Implicitamente, dunque, la teste conferma l'adempimento della Gieffe nei confronti di Grandidea, che è quanto rileva ai fini della presente controversia, non essendo stato sottoposto al giudicante il rapporto contrattuale tra Gilmar e Grandidea, al quale, tuttavia, Gieffe è estranea.

Grandidea è, inoltre, carente di legittimazione a promuovere una azione per concorrenza sleale nei confronti di Gieffe, in quanto i marchi di cui si discute sono di proprietà di Gilmar s.p.a., che è la sola ad essere direttamente lesa dall'eventuale atto di concorrenza sleale posto in essere e dunque legittimata a richiedere la tutela conseguente.

Infine, per quanto riguarda la generica richiesta di risarcimento danni, adombrata dalla procura convenuta ancora nelle conclusioni, è sufficiente richiamare la massima elaborata dalla giurisprudenza sammarinese secondo la quale “quando si instaura un giudizio per ottenere il risarcimento dei danni questi debbono essere specificati e dimostrati nel giudizio stesso e non è possibile limitarsi a chiedere la dichiarazione generica di danni riservando ad ulteriore giudizio la dimostrazione dell'esistenza e dell'ammontare di essi” (Sentenza del Commissario della Legge in data 11 gennaio 1926, *Giur. samm.*, 1926, p. 11).

In conclusione, dunque, deve essere pronunciata la condanna della convenuta al pagamento, in favore dell'attrice, della somma di £. 100.989.000=.

 Su tale somma vanno

riconosciuti gli interessi al tasso legale dalla data dell'atto di citazione fino all'effettivo soddisfo.

7. Non si ritiene, tuttavia, di dover accordare alla presente sentenza la provvisoria esecutorietà, non sussistendo fondati motivi che la giustificano, anche in considerazione del fatto che non risulta provato il danno derivante dal ritardo nell'esecuzione.

8. Le spese e gli onorari del presente giudizio, da liquidarsi con separato e successivo decreto, sono da porsi a carico della parte convenuta, perché soccombente.

## 12.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 4 marzo 1991.

S.A. Alluminio Sammarinese (Avv. M. Nicolini) : S.n.c. Des Motor (G. Micheloni) – Causa n. 263, anno 1987.

### **Vendita – “Actio empti” – “Actio venditi” – Azione di risoluzione del contratto.**

*Scopo dell'actio empti, che spetta al compratore, è l'attuazione in fatto dei diritti derivanti dal contratto di vendita e dai patti speciali a questo accessori.*

*L'actio venditi, che spetta al venditore contro il compratore, tende principalmente a conseguire il pagamento del prezzo.*

*L'azione di risoluzione è proponibile dal compratore che riceva una cosa essenzialmente diversa (aliud pro alio) da quella dedotta in contratto, pur non essendo viziata, né difettosa.*

---

## FATTO E DIRITTO

Dichiarando specificamente di esperire l'azione *ex empto* la S.A. Alluminio Sammarinese, con atto di citazione del 26 novembre 1987, convenne avanti a questo Tribunale la s.n.c. Des Motor per sentire dichiararne la risoluzione del contratto di vendita (ordinazione della merce in data 26 marzo 1986 e fornitura della stessa in data 13 giugno 1986), la restituzione della somma di lire cinque milioni versata in acconto, con i relativi interessi, il risarcimento dei danni subiti. Sostenne la parte attrice che la pasta abrasiva, fornita dalla convenuta, si rivelò inidonea per la funzione per la quale venne ordinata, anche perché rivelò le mancanze delle qualità espressamente pattuite, dovendo in modo particolare essere impiegata nell'uso della macchina levigatrice tipo S4. La società convenuta si costituì in giudizio, a mezzo di procuratore, contestò l'istanza attrice definendola infondata, propose azione in via riconvenzionale nei confronti della S.A. Alluminio Sammarinese per sentirla condannare al pagamento della residua somma dovuta di lire 5.000.000= ed alle spese ed agli onorari del giudizio. Svoltosi regolarmente il giudizio, con produzione di documenti ed escussione di testimoni, nelle memorie conclusionali i procuratori delle parti in causa hanno confermato le istanze rispettivamente avanzate.

Può immediatamente dichiararsi che l'azione *ex empto* proposta dall'attrice in via principale S.A. Alluminio Sammarinese è inammissibile e che l'azione stessa avrebbe potuto essere esperita unicamente nel caso in cui la convenuta s.n.c. Des Motor avesse fornito non una pasta abrasiva per metalli ma, tanto per fare un esempio, un prodotto da impiegare nella lucidatura del legno.

La decisione ovviamente necessita di più ampia ed elaborata motivazione, anche e soprattutto in considerazione del fatto che rari accenni si rinvencono nella giurisprudenza sammarinese in merito alla *actio ex empto* (*rectius: actio empti*). Di essa infatti si tratta incidentalmente nell'ambito del più ampio esame e della applicazione delle azioni edilizie.

In particolare si richiamano i giudicati seguenti, tutti di primo grado:

1) **“quando il venditore ha consegnato cosa essenzialmente diversa da quella dedotta in contratto (*aliud pro alio*), spetta al compratore l'azione *ex empto* e cioè la risoluzione del contratto, la restituzione del prezzo pagato con i frutti, il risarcimento dei danni”** (sentenza 19 novembre 1949, *Giur. Samm.*, anno 1963, pag. 232);

2) **“l'opinione che appare prevalente nel diritto comune restringe quest'ultima azione (*ex empto*) al caso di mancanza, nella cosa venduta, delle qualità espressamente pattuite e, nel caso di dolo, ammette come esperibile, nei casi analoghi al presente, l'azione redibitoria** (anche se la cosa non può essere restituita perché perita in conseguenza dei suoi difetti: cfr. art. 1493 C.C. italiano)” (sentenza 8 aprile 1968, *Giur. Samm.*, anni 1964-1969, pag. 389);

3) **“è noto che il venditore è tenuto a garantire l'immunità della cosa da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore... Nel caso attuale, escluso che possa trattarsi di *actio ex empto* o *ex inadimpleto contractu* a seguito di consegna di *aliud pro alio*, non può farsi richiamo che ad una delle accennate azioni di garanzia per vizi o difetti occulti”** (sentenza 21 luglio 1970, *Giur. Samm.*, anno 1970-1980, pag. 241);

4) **“si ha *aliud pro alio* solo quando sia consegnata cosa appartenente a un *genus* (non a una *species* o a un tipo) diverso da quello espressamente pattuito”** (sentenza 9 febbraio 1988 emessa nella causa civile N.57 dell'anno 1971);

5) **“la garanzia per i vizi della cosa venduta prescinde dall'eventuale colpa del venditore, che può essere, come il compratore, ignaro dei difetti occulti della merce fornita. Tale garanzia è dovuta per il fatto oggettivo del manifestarsi dei difetti della merce venduta, che attribuisce al compratore il diritto alla restituzione del prezzo contro la restituzione al venditore della merce compravenduta, come conseguenza della risoluzione del contratto (alla quale mira una delle azioni edilizie e precisamente la redibitoria) anche se tale merce non è stata prodotta dal venditore. La garanzia, come tale, non comporta l'obbligo del risarcimento dei danni se non nel caso in cui risulti provato che il venditore conosceva (o avrebbe potuto conoscere con l'ordinaria diligenza) i vizi della cosa venduta e quindi versava in dolo o in colpa** (cfr. leg. 45 D. de contr. empt.; leg. 13 D. de act. empt. et vend.; leg. 19 § 1 D. de locat.; leg. 1 Cod., de aedil. action.; Comm. Legge, 8 aprile 1968, in *Giur. Samm.*, 1964-69, pagg. 389-391)” (sentenza 18 dicembre 1979, *Giur. Samm.*, anni 1970-1980, pag. 498).

Le scarse massime sopra riportate inducono ad esaminare più compiutamente l'azione di cui si tratta.

Già al diritto romano ben noto era il principio che altro è la conclusione del contratto di compravendita, altro la sua esecuzione; la prima consiste nella manifestazione di volontà di vendere, da parte del venditore, e di comprare, da parte del compratore, a certe condizioni una determinata cosa; la seconda consiste essenzialmente nel fare la tradizione della cosa, da parte del venditore, e nel pagare il prezzo, da parte del compratore. Il concetto è, tra gli altri autori, magistralmente sintetizzato da Vinnio: “*in contractibus qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractus a consummatione sive implemento. Emptionem et venditionem perficit solus consensus de re et pretio: consummat rei traditio et pretii numeratio, qui extremus est contrahentium finis*”.

Per esigere l'esecuzione del contratto, ossia l'attuazione dei diritti derivanti alle parti dal contratto e degli obblighi corrispondenti, alle parti medesime si riconoscono particolari azioni: l'*actio empti* o *ex empto* al compratore, l'*actio venditi* o *ex vendito* al venditore, la quale ultima azione è anche indicata con l'espressione *actio pretii*.

Se il contratto è stata concluso per mezzo di una stipulazione, si può agire anche con l'*actio ex stipulatu*; ciò peraltro non significa che sia esclusa l'azione derivante dal contratto, qualora questa appaia più vantaggiosa. Va rilevato inoltre che l'*actio ex stipulatu*, essendo *stricti iuris*, non può essere esercitata in caso di evizione di cosa diversa da quella venduta, e neppure se il compratore si trova in possesso della cosa a titolo diverso dalla vendita. Le azioni indicate tendono, di regola, alla attuazione dei diritti derivanti dal contratto; talora però l'azione derivante dal contratto tende solo a costringere il convenuto a dichiarare se vuol tenere fermo il contratto oppure no, così come avviene nel caso in cui si tratti di contratto concluso con frode (D. 19, 1, 13, 27 e 28).

Occorre assoggettare ad un breve esame ciascuna delle dette due azioni.

L'*actio empti* o *ex empto* ha per condizioni soltanto la esistenza di un contratto di compravendita capace di esplicitare l'efficacia che gli è propria ed essere, la persona che agisce, quella stessa che ha preso parte al contratto come compratrice. Il soggetto passivo dell'*actio empti* è il venditore; scopo di questa azione è, come già detto, l'attuazione in fatto dei diritti derivanti dal contratto di vendita e dai patti speciali a questo accessori.

In ogni caso in cui, per dolo o per colpa, il venditore non si trova in grado di consegnare la cosa al compratore, questo può esercitare contro di lui l'*actio empti* per ottenere il risarcimento dei danni, il cui ammontare può talora eccedere il valore della stessa cosa venduta.

Con l'*actio empti* possono inoltre richiedersi, secondo le varie circostanze:

- 1) il maggior prezzo che la cosa ha raggiunto nel periodo di tempo trascorso fra il momento in cui la cosa stessa avrebbe dovuto essere consegnata e quello dell'effettiva consegna, qualora questa consegna sia ritardata per colpa del venditore;
- 2) la risoluzione del contratto qualora sussistano validi motivi che diano ragione di risolvere il contratto;
- 3) la restituzione del prezzo, qualora si verifichi il diritto del compratore a riavere;
- 4) la prestazione di una cauzione per garanzia contro la evizione o l'esistenza di vizi della cosa o per assicurare la consegna della cosa, qualora venga ritardata.



**L'*actio venditi* spetta al venditore contro il compratore e tende all'esecuzione, a favore del primo, delle obbligazioni assunte dal secondo con il contratto. Come l'obbligazione principale del compratore è quella di pagare il prezzo, così l'*actio venditi* tende principalmente a conseguire tale pagamento.**

Con la medesima azione il venditore può conseguire gli interessi sul prezzo, i quali non possono essere richiesti in misura più elevata di quella stabilita dalla legge, nemmeno nel caso in cui l'obbligazione ad essi relativa fosse stata stipulata come pena convenzionale. Nemmeno può domandarsi, oltre agli interessi, il risarcimento per danni derivati dal ritardo nel pagamento del prezzo.

Se il compratore, nel prendere possesso della cosa venduta, ne ha ricevuta una quantità maggiore di quella che gli spettava, con la stessa *actio venditi* il venditore può ottenere la restituzione della quantità eccedente; con la medesima azione il venditore consegue il rimborso delle spese dal lui fatte sulla cosa venduta.

**L'*actio venditi* serve infine per ottenere l'esecuzione delle obbligazioni che il compratore ha assunto con patti accessori.**

Come sempre, e come in ogni campo del diritto, sulla base delle norme romane, i commentatori, gli autori di diritto comune (in particolare Richeri, Voet, De Luca), ed in special modo i cultori del diritto del commercio e della pratica mercantile (Casaregis, Salgado De Somoza, Stracca) elaborarono una vastissima casistica ed un complesso di teorie e principi giuridici, in concreto ed in pratica applicati dalla giurisprudenza, che sono in gran parte sfociati e recepiti nei codici moderni.

**Dalle opere degli autori citati si traggono quelle che qui ancora oggi sono norme vigenti:**

1) **vizio redibitorio è quel difetto che rende la cosa non atta all'uso a cui è destinata, o che ne diminuisce l'uso in modo che se il compratore l'avesse conosciuto, o non l'avrebbe comprata od avrebbe offerto un prezzo minore; pertanto l'esercizio delle azioni edilizie presuppone che la cosa sia effettivamente della qualità pattuita per forza di contratto o di legge, ma che questa qualità sia guasta, alterata, deperita in modo da rendere la cosa inferiore a quella condizione normale che il compratore, un commerciante di buona fede, poteva legittimamente attendersi;**

2) **ben altra da quella di una merce viziata o difettosa, è l'ipotesi della merce sostanzialmente diversa da quella pattuita, poiché in questo caso può darsi che tra le parti vi sia stato errore sulla materiale identità della merce, oppure anche essendosi le parti accordate su tale materiale identità, abbia poi il venditore consegnata cosa assolutamente diversa; solo in tal caso si può esattamente parlare di azione di risoluzione la quale è proponibile quando il compratore riceva *aliud pro alio* e cioè una cosa anziché un'altra.** Qui evidentemente non si tratta più di semplice vizio o difetto della merce che, alterando la cosa, modifichi la qualità della stessa, ma si verte nel caso di vero e proprio inadempimento contrattuale in cui il vizio redibitorio è assolutamente estraneo. Da quanto detto emerge la necessità di distinguere le varie ipotesi, per non confondere le azioni proponibili dal compratore che riceva una cosa non rispondente allo scopo che lo indusse a contrattare; l'importanza della distinzione è intuitiva, sia per gli effetti delle azioni medesime, sia per i termini prescrizionali prefissi dalla legge per ciascuna di quelle azioni;

3) **resta da esaminare se ed in quanto il compratore può valersi dell'azione di risoluzione ed a tal fine occorre innanzi tutto precisare il concetto di sostanza della cosa. Nella determinazione di questo concetto, per evitare la confusione tra ciò che si intende**

per sostanziale qualità della merce e ciò che si intende per qualità difettosa della merce medesima, la differenza può così essere stabilita: altro è diversità di sostanza essenziale della merce venduta, per cui si può parlare di *aliud pro alio*, il che avviene anche quando, essendosi le parti accordate sulla qualità della cosa (nella fattispecie, pasta abrasiva da impiegarsi nel funzionamento della macchina levigatrice tipo S4) **il compratore riceva cosa essenzialmente diversa pur essendo né viziata né difettosa** (nell'esempio sopra proposto la fornitura, anziché di pasta abrasiva per metalli, quella di un prodotto da impiegarsi per la lucidatura del legno); **altro è difformità di qualità in una cosa, senza che l'alterazione colpisca menomamente la cosa stessa nella sua sostanza** (nella fattispecie, la s.n.c. Des Motor fornì alla S.A. Alluminio Sammarinese effettivamente pasta abrasiva che tuttavia si rivelò inidonea all'impiego nella macchina levigatrice S4). **Consegnare una cosa che non sia nella sostanza propriamente quella pattuita, significa consegnare una cosa diversa da quella dedotta in contratto; essendo le obbligazioni del venditore quelle di consegnare e garantire la cosa, nella ipotesi ora esaminata invece dell'azione redibitoria può il compratore esercitare l'azione di risoluzione del contratto. La fornitura di merce diversa da quella contrattata non adempie il contratto poiché il compratore ha diritto di ricevere la cosa che ha acquistato e non altra, neppure se quest'altra fosse migliore di quella pattuita.** Ammaestra la romana sapienza: “ *si cum aurum tibi promississem, tibi ignoranti quasi aurum, aes solverim, non liberabor*” (D. 43, 3, 50). **In definitiva, unicamente la vendita di cosa sostanzialmente diversa da quella pattuita dà luogo all'azione di risoluzione del contratto.**

Merita ricordare la fondamentale decisione 18 settembre 1905 della Corte di Cassazione di Roma (Rivista “La Legge”, col. 2087, Roma, 1905) estesa dal Mortara, che reca la massima seguente: “Quando la merce fornita dal venditore, pur essendo dello stesso genere di quella pattuita, appartiene però ad una specie diversa o non possiede le qualità espressamente convenute fra le parti, il compratore può agire con l'azione redibitoria; solo quando la merce è sostanzialmente diversa, si fa luogo all'azione di inadempimento contrattuale”. Argomentò la Corte che è evidente la necessità di un accordo fra compratore e venditore intorno all'uso a cui il primo destina la merce acquistata, perché a lui compete il diritto di lagnarsi, per inadempimento del contratto, dei vizi occulti che gli impediscono l'uso predetto. Tale destinazione è talvolta implicitamente convenuta tra i contraenti, nel senso che una determinata specie ha una determinata ordinaria destinazione, che si intende essere lo scopo per cui viene venduta e rispettivamente acquistata. La qualità che deve possedere la cosa in relazione allo scopo, a cui la destina il compratore, può essere inerente alla specie della medesima, ovvero può formare oggetto di esplicita convenzione fra le parti. Ciò è perfettamente uguale, ai fini dell'azione che nasce dall'inidoneità della cosa, ossia dalla mancanza della predetta qualità. La distinzione tra qualità espressamente convenuta e qualità che secondo la sua natura o la ragione del cui commercio la cosa deve possedere, non è nuova. Nelle fonti romane si trovano testi che esattamente la stabiliscono e che ne traggono conseguenze diverse quanto ai diritti ed alle azioni del compratore verso il venditore. Affermò poi la Corte: “O il venditore consegna una merce diversa nella sostanza da quella promessa, e il compratore ha l'azione per risoluzione, o meglio per annullamento di contratto, giacché la cosa per la quale egli prestò il consenso era altra totalmente diversa; in questo caso non è a parlare di azione redibitoria, ma di applicazione delle regole contrattuali comuni. O il venditore consegna una merce che nella sostanza corrisponde all'oggetto

del contratto come genere, ma nella specie non ha le qualità necessarie per l'uso cui è destinata, e il compratore ha l'azione redibitoria o estimatoria, sempre che si tratti di vizi occulti, giacchè, trattandosi di vizi apparenti, dovrebbe imputare alla propria negligenza l'aver accettata la consegna". Ritenuto dunque che, in via di massima, qualunque difetto occulto che rende la cosa venduta inadatta all'uso al quale è destinata, dà luogo all'azione redibitoria, e che l'azione di annullamento o rescissione del contratto per la prestazione dell'*aliud pro alio*, ha luogo solo quando sia consegnata una cosa la cui sostanza si diversifichi compiutamente da quella contrattata, ne deriva inevitabile l'applicazione del termine stabilito per l'esercizio della suddetta azione redibitoria. "Chi compra o riceve la merce da lui domandata ha diritto di riceverla nelle condizioni e con le qualità espressamente o tacitamente pattuite, ma ha il dovere altresì di portare la diligenza che si conviene alla pronta verifica delle medesime. L'aver accettato la consegna è già un patente indizio di avere riconosciuto regolari le condizioni e qualità della merce; ma poichè i difetti possono essere occulti, è dato un intervallo congruo alle indagini che valgono a portarli in luce. Il compratore che non approfitta di codesto intervallo imputa a sé gli effetti della propria indolenza. Il commercio, in particolare, e la tutela giuridica dei contratti, in generale, non tollera che chi è diventato proprietario e possessore della cosa e ne dispone a suo talento, possa insorgere senza limite di tempo a molestare chi gliela vendette, sotto il pretesto di non averla trovata soddisfacente per l'uso che intendeva farne. Ognuno vede quanto sia pericolosa codesta libertà, specialmente trattandosi di materie prime che il compratore non usa se non trasformandole e quindi rendendone irriconoscibili le qualità primitive, togliendo insieme ogni sicura guarentigia della loro perfetta identità".

Dichiarata l'inaffidabilità ed improponibilità dell'azione proposta in via principale dalla S.A. Alluminio Sammarinese, deve accogliersi l'azione proposta in via riconvenzionale dalla s.n.c. Des Motor. Pertanto la società anonima Alluminio Sammarinese deve essere condannata al pagamento in favore della s.n.c. Des Motor della richiesta somma di lire 5.000.000= con gli interessi alla legale ragione del 7% dalla data dell'istanza in via riconvenzionale al saldo.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico della S.A. Alluminio Sammarinese.

### 13.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 6 marzo 1991.

De Biagi Silvano (Avv. G. Belluzzi) : De Biagi Germano (Avv. L. Bacciocchi), Bruschi Michael (Avv. P.L. Bacciocchi) – Causa n. 90, anno 1989.

#### **Prova – Onere probatorio in capo all'attore.**

*La necessità della prova sorge quando il convenuto nega i fatti affermati dall'attore, al quale pertanto incombe l'onere della prova, essendo colui che afferma il fatto su cui si fonda il diritto.*

---

## FATTO

Con istanza depositata il 16 marzo 1989 l'attore, ha chiamato in causa i convenuti per sentirli "condannare alla coattiva esecuzione delle obbligazioni contrattuali dai convenuti assunte, oltre alle spese di giustizia e agli onorari legali". E' stato poi allegato un libretto di deposito a risparmio al portatore contenente la somma di £.6.000.000= a riprova del possibile adempimento dell'attore.

Assume l'attore, dichiaratosi già Vice-Presidente della Associazione Calcio San Marino (A.C.S.), di essere addivenuto ad un accordo con i convenuti prima della trasformazione della A.S.C. in società per azioni.

Detto accordo, sempre secondo le affermazioni dell'attore, prevede il versamento della somma di £.10.000.000=, a fondo perduto alla costituenda società, da parte dell'attore stesso ricevendo azioni pari a £.20.000.000=, quale dovuto dalla A.C.S., ma da alienarsi entro l'esercizio sociale 1989 in collaborazione con il convenuto sig.Bruschi.

Assume altresì l'attore di aver depositato un assegno pari alla somma di £.6.000.000=, dopo l'accordo, presso lo studio del suo procuratore, avendone data comunicazione al convenuto sig.De Biagi in data 25 giugno 1988: afferma di avere già versata in contanti la restante somma di £.4.000.000=.

Assume infine l'attore che i convenuti non hanno adempiuto agli impegni assunti e, in particolare, non lo hanno liberato dalle fidejussioni, prestate dall'attore in favore della A.C.S. presso due istituti bancari della Repubblica di San Marino.

Riprodotta regolarmente la citazione da parte della procura dell'attore, costituiti i convenuti, è stato accordato il termine statutario: il convenuto Sig Bruschi ha subito eccepito nel merito di non avere "mai assunto alcun obbligo" e di non avere mai "rivestito cariche nella Associazione Calcio San Marino".

Aperto il primo termine di prova, in accoglimento della richiesta del procuratore dell'attore, è stata disposta una perizia giudiziaria "sulla contabilità della Associazione Calcio San Marino [...] al fine di verificare se è vero che i giocatori, e quindi tutto il patrimonio della stessa società, è stato trasferito alla società Calcio San Marino" nonché di verificare "la sussistenza dei crediti che l'attore vanta".

All'udienza del 26 febbraio 1990 il procuratore dell'attore ha rinunciato all'incarico di difensore: sospeso temporaneamente il giudizio, notificato il decreto che invita l'attore a provvedere alla sostituzione del suo procuratore e difensore, decorso inutilmente il termine concesso, la causa ha ripreso il suo regolare svolgimento.

Avendo il nominato perito accettato l'incarico e richiesto, come è prassi, il deposito dei suoi onorari, con decreto 30 maggio 1990, considerato l'inutile decorrenza del termine di sospensione senza altra nomina da parte dell'attore del suo difensore di fiducia, è stato ugualmente disposto il versamento della somma richiesta a carico dell'attore, avvertendo che in difetto sarebbe stato dichiarato decaduto dalla prova. Con decreto 20 agosto 1990, non avendo l'attore provveduto al deposito, è stata disposta la decadenza dalla prova e quindi, con successivo provvedimento, revocato l'incarico al già nominato perito.

Dopo l'apertura e la decorrenza del secondo termine probatorio, la procura del convenuto Sig. Bruschi ha chiesto l'apertura del termine di controprova: poiché la procura dell'altro convenuto, Sig. Germano De Biagi, a quel momento non aveva ancora avanzato analoga richiesta, nonostante il provocato contraddittorio, il primo termine reprobatorio è stato aperto d'ufficio a norma dell'art.3, sub.2, della legge 19 giugno

1989, n° 5.

Avendo anche il convenuto sig. Germano De Biagi rinunciato al termine reprobatorio residuo, è stato aperto il termine di controprova, e poi, in successione, il termine ad allegare. Tutti i termini sono decorsi senza alcuna richiesta istruttoria.

Nelle finali allegazioni in diritto la procura del convenuto Sig. Germano De Biagi ha così concluso: “rigettare l’istanza presentata dal signor De Biagi Silvano e condannarlo al pagamento delle spese ed onorari della presente causa che” sono stati precisati in £.900.000=.

La procura del convenuto Sig. Michael Bruschi ha invece così concluso: “ogni contraria istanza reietta, rigettare le pretese attoree in quanto infondate e comunque non provate. Il tutto con vittoria di spese e competenze del presente giudizio”.

## DIRITTO

**1) La riproduzione della citazione da parte dell’attore è considerato come “il mezzo con il quale l’attore fa risultare di voler continuare la lite iniziata”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 19 agosto 1952, nella causa n.164, anno 1951, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 279).

**La richiesta di apertura del primo termine di prova e di concreti mezzi istruttori, quali la perizia, sono atti processuali sufficienti a ritenere che la causa si è radicata.**

Le intimazioni rivolte all’attore di sostituzione del difensore, di versamento della cauzione richiesta dal perito, di apertura di termini di prova, garantendo all’attore il contraddittorio, hanno chiaramente dimostrato che la causa, su richiesta dei convenuti, avrebbe seguito il suo corso per la pronunzia nel merito.

2) La giurisprudenza sammarinese con due identiche pronuncie, ormai consolidate da lungo tempo, ha affermato **la validità e la vigenza dei principi dell’onere della prova, enunciati nei contenuti nella seguente massima: “chi domanda l’esecuzione di una obbligazione deve provarla e chi pretende di essere liberato deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l’estinzione della sua obbligazione”** (cfr. sentenza del Commissario della Legge 10 giugno 1926, nella causa 134, anno 1928, promossa da Guidi G. in Capicchioni contro Guidi V., in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1928, p.11 e poi la sentenza del Commissario della Legge 7 novembre 1929, nella causa n.123, anno 1928, promossa da Fattori M. contro Capicchioni F., in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1929, p.17)

3) L’allegata giurisprudenza richiama sia l’art. 1312 dell’allora vigente Codice Civile italiano - oggi semmai si potrebbe richiamare l’art. 2697 dell’attuale C.C. - sia una lunga serie di passi della compilazione giustiniana. La giustificazione del consolidato principio – “ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat” (D.22.3.2) “la prova grava su colui che domanda, non su colui che nega” trova giustificazione presso la giurisprudenza sammarinese allegando due tipi di diverse e tra loro contraddittorie fonti.

Le disposizioni romano giustiniane legittimano con maggior evidenza la loro allegabilità, ricorrendo al positivo dettato delle notissime rubb. XIII, § 18, e XXXI, § 38, del Libro I delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

Le allegazioni a prima vista non sembrano costituire il diritto comune vigente in San Marino in senso stretto che, secondo l’altrettanto notissima e solida definizione della giurisprudenza sammarinese, “non è il diritto romano giustiniano, ma quel diritto che si venne formando e svolgendo sulla base del diritto romano, del diritto canonico e della

consuetudine, negli stati più civili del continente Europeo e in particolare in Italia”.

Il concetto di diritto comune vigente in San Marino si concretizza poi, quando la riportata definizione continua precisando, che “esso deve ricercarsi negli scritti dei più autorevoli giureconsulti e nelle decisioni dei più autorevoli Tribunali” (sentenza del Giudice delle Appellazioni 12 agosto 1924, nella causa n°.69 anno 1921, in Giurisprudenza Sammarinese, 1924, p.18a).

In un tale contesto le allegazioni del Giudice di primo grado sono state accettate - e sono anche oggi perfettamente allegabili come contenuto di una consolidata decisione -, perché nell’individuazione di una massima di diritto comune vigente, costituiscono altrettante fonti di momenti certi e determinati, dai quali procede il travaglio esegetico e sistematico della secolare dottrina, richiamata e individuata dalla giurisprudenza sammarinese come fonte dal sistema.

Non molto diversa è però anche l’allegazione del Codice Civile Italiano, che nel contesto della motivazione non si propone affatto come formale ricorso alla lex loci viciniore, ma piuttosto all’autorità della legge del “vicino Regno”. Da questo punto di vista la codificazione, è da considerarsi, per il richiamato positivo dettato statutario in materia di fonti, come l’ultimo definito residuo della secolare evoluzione dello stesso diritto comune, inteso, come si è visto, quale “diritto che si venne formando e svolgendo [...], negli stati più civili del continente Europeo e in particolare in Italia”.

E’ la più concreta testimonianza della vivacità della vigenza dei principi romano giustiniane in tema di onere della prova, la più sicura riprova che tra i due estremi esiste una sostanziale reciproca uniformità, che la derivazione dai presupposti romano giustiniane è presente anche nel sistema di fonti codificate del “vicino Regno”.

4) L’atteggiamento processuale dell’attore è stato nettamente contrario a quello che la ricordata massima impone alle parti in corso di causa: volendo avere esecuzione delle vantate obbligazioni avrebbe dovuto darne almeno opportune prove. La richiesta dei convenuti è di ottenere una pronuncia che deve essere accolta.

La soccombenza dell’attore giustifica la sua condanna nelle spese e negli onorari di causa.

#### 14.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 11 marzo 1991.

Della Valle Angelo, per il minore figlio Alessandro (Avv. G. B. Reffi) : Mussoni Giulio e Compagnia di Assicurazioni Lloyd Adriatico (Avv. G.L. Berti) – causa n. 43, anno 1986.

**Giudizio penale e civile – Rapporto. Responsabilità civile aquiliana – Danno biologico – Risarcibilità – Criterio di liquidazione.**

*L’autorità del giudicato penale, la cui revisione, in sede civile, è manifestamente inammissibile, si estende, con la pienezza delle sue declaratorie, anche alla responsabilità civile dell’imputato.*

*Il danno biologico è risarcibile ancorché non incidente sulla capacità di produrre reddito, le cui menomazioni vanno separatamente risarcite.*

*La compensazione del danno biologico può essere valutata e liquidata secondo il criterio equitativo, tradizionalmente applicato dalla giurisprudenza sammarinese.*

---

## FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione in data 17 febbraio 1986 il signor Della Valle Angelo, quale legale rappresentante ed esercente la patria potestà sul minore figlio Alessandro, convenne avanti a questo Tribunale il signor Mussoni Giulio, quale proprietario e conducente dell'autovettura targata RSM 19892, e la Compagnia di Assicurazioni Lloyd Adriatico, quale ente assicuratore, per sentirli condannare in solido al risarcimento dei danni morali e materiali ingentissimi del predetto minore subiti a seguito dell'incidente stradale avvenuto in data 18 luglio 1983 in Faetano, la responsabilità del quale in sede penale era stata attribuita in larga misura al convenuto Mussoni Giulio, con l'attenuante del concorso del fatto colposo della persona offesa, il cui rilievo causale venne ritenuto compreso tra il trenta ed il trentacinque per cento.

I convenuti, costituendosi in giudizio a mezzo di procuratore, contestualmente depositarono nella Cancelleria del Tribunale libretto bancario contenente la somma di lire 20.000.000=, proponendola quale offerta reale a titolo di risarcimento onnicomprensivo di ogni danno sofferto dal minore Della Valle Alessandro. La somma offerta, ritenuta irrisoria, non venne accettata e ritirata dalla parte attrice. Nel corso del giudizio venne autorizzata la temporanea allegazione agli atti del fascicolo del procedimento penale n.1530 dell'anno 1983. Venne ordinata l'esecuzione di perizia medico-legale nella persona del minore Della Valle Alessandro. Il perito giudiziario nominato Prof. Gianpaolo Rolli depositò la propria scritta e giurata relazione, allegata agli atti con decreto 18 maggio 1989. Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le memorie conclusionali che contengono valutazioni contrastanti, in maniera considerevolissima, sulla misura dell'indennizzo da corrispondere al minore infortunato.

Con sentenza 8 marzo 1985, emessa nel procedimento penale allegato agli atti della presente causa, il Commissario della Legge dichiarò l'imputato Mussoni Giulio colpevole dei reati a lui ascritti e precisamente della contravvenzione per avere tenuto alla guida dell'autoveicolo di sua proprietà velocità superiore al limite consentito e comunque pericolosa e del reato di lesioni colpose in danno di Della Valle Alessandro. Il Giudice Penale riconobbe all'imputato "l'attenuante, quanto al delitto di lesioni, del concorso del fatto colposo della persona offesa il cui rilievo causale può ritenersi compreso tra il trenta e il trentacinque per cento". A sostegno della decisione il Magistrato pose la motivazione: "La seconda circostanza che caratterizza questo incidente è rappresentata dal contegno del piccolo Della Valle. Egli ha posto in essere un attraversamento pressochè perpendicolare della sede stradale, con provenienza da luogo privato, che impone a chiunque l'uso della massima cautela preventiva. In specie impone di cedere la precedenza ad ogni veicolo in transito. E' evidente che il bambino non si è accorto del sopraggiungere della macchina, d'altra parte la sua età infantile gli ha impedito di valutare i pericoli della strada: resta tuttavia il fatto oggettivo di un comportamento contrario ad ogni norma di prudenza. Questa condotta può ritenersi

abbia svolto, nella produzione del sinistro e poi del danno, un ruolo causale compreso fra il trenta ed il trentacinque per cento”.

Non venne interposto appello e pertanto la sentenza divenne definitiva ed esecutiva.

Nella pregevolissima memoria conclusionale, il procuratore della parte attrice, in primo luogo dottamente ed ampiamente tratta del concorso di colpa attribuito al minore infortunato, dell'influenza del giudicato penale su quello civile e conclude richiedendo “di individuare più realisticamente il rapporto di causalità dell'infortunio e ben diversamente distribuire le colpe meglio di quanto non abbia fatto la sentenza penale”.

L'istanza attrice non può essere accolta. Applicando i criteri ed i principi sanciti dalla costante giurisprudenza questo Giudice, con sentenza 3 luglio 1971 (emessa nella causa civile sommaria nr. 34 dell'anno 1966) affermò: **“A seguito dell'avvenuta costituzione di parte civile, il giudicato penale estende la sua autorità sopra l'azione civile, e tale azione ed il relativo giudizio non possono contraddire a ciò che venne irrevocabilmente deciso dal Magistrato Penale, e che questi era competente a decidere”**.

L'impareggiabile Giudice delle Appellazioni **Prof. Guido Astuti**, con sentenza 18 ottobre 1972, rigettò l'appello proposto avverso la sentenza, che ritenne meritevole di piena conferma. Rilevò, tuttavia, che la delicatezza della questione avrebbe meritato meno sommaria motivazione da parte del giudice di primo grado e **ritenne di dover procedere ad un più approfondito esame delle norme processuali e dei principi generali di diritto che regolano i rapporti tra l'azione penale e l'azione civile per risarcimento dei danni prodotti da fatto illecito**. Rilevò l'Ecc.mo Giudice che, benchè le disposizioni del codice di procedura penale (in specie agli artt. 1, 9 e 12) non contegano una compiuta disciplina di tali rapporti, **“la questione può essere correttamente impostata e risolta facendo applicazione del principio fondamentale della unità o identità della funzione giurisdizionale, a cui consegue, come logico corollario, il principio dell'autorità del giudicato penale rispetto all'azione civile, autorità di cui il contenuto della sentenza penale segna l'estensione ed i limiti”**. Di fronte ad una sentenza penale irrevocabile con la quale venne deciso che “per l'improvviso ed impreveduto attraversamento della strada, data la breve distanza tra il veicolo e il bambino, non era possibile al conducente porre in atto alcuna manovra per evitare l'investimento”, affermò il Giudice di secondo grado che “l'autorità del giudicato penale si estende, con la pienezza delle sue declaratorie, anche alla responsabilità civile dell'imputato” ed ovviamente, è logico aggiungere, alla concorrente responsabilità della parte lesa nei casi in cui ne sia stata esplicitamente accertata e dichiarata la sussistenza. Concluse l'Ecc.mo Giudice: **“E' chiaro che una revisione della sentenza penale sarebbe, in questa sede, manifestamente inammissibile, per contrasto con il principio dell'autorità del giudicato”**.

Esclusivamente in via di equità, trattandosi di un minore di otto anni nel quale non può logicamente pretendersi la piena razionalità di una persona adulta nel valutare i pericoli della circolazione stradale, il ruolo causale del minore Alessandro nella produzione del sinistro e del danno viene definitivamente determinato nella percentuale del trenta per cento.

Con ampi e approfonditi riferimenti alla dottrina e giurisprudenza italiane, il procuratore della parte attrice, in secondo luogo, richiede che, poichè quello subito dal minore Della Valle Alessandro è innanzitutto **danno biologico**, come tale vada calcolato ed indennizzato in rapporto alla percentuale di invalidità permanente determinata dal perito



giudiziario. Il tema proposto è completamente nuovo e non esistono quindi specifici precedenti giurisprudenziali. La sintetica trattazione che segue è basata sullo studio dei testi: “La responsabilità civile, una rassegna di dottrina e giurisprudenza” (diretta da Guido Alpa e Mario Bessone, UTET, Torino, 1987) e “La responsabilità civile nei sistemi di Common Law” (a cura di Francesco Macioce, Cedam, Padova, 1989).

Preliminare e comune constatazione è che i problemi della circolazione degli autoveicoli, della tutela delle vittime della strada, della responsabilità del conducente, dell’assicurazione del veicolo, dimostrano, con ogni evidenza, che i principi generali della responsabilità civile sono sempre di più ripresi e discussi; alla base di ogni soluzione che si assegni al problema della responsabilità per la circolazione dei veicoli si pongono infatti i principi fondamentali dell’intera materia: modificare l’assetto attuale significa allontanarsi dai principi consegnati dalla tradizione e fondare un diritto nuovo. Da ciò le esitazioni, le incertezze, i dubbi che pervadono gli studi e le analisi recenti su questo tema; di qui ancora, l’interesse che la questione solleva. Un interesse che, come è ovvio, non è meramente dottrinale e teorico, dal momento che dalla soluzione di tali questioni dipende l’intera struttura del sistema risarcitorio nel settore della responsabilità civile in cui si registrano più spesso danni e vittime e nel quale è coinvolta la totalità dei cittadini.

Diversi per tradizioni storiche, economiche, politiche e sociali, i singoli ordinamenti dell’Europa Continentale e dell’area del Common Law documentano evidenti analogie nella nozione di “atto illecito”; nei concetti di “colpa”, di “nesso di causalità”, di “danno”, nella direttiva enunciata nella massima “nessuna responsabilità senza colpa”.

Ne risulta una serie di nozioni, principi, regole che restituiscono l’immagine di ordinamenti in apparente equilibrio, quasi immutabile nel tempo. Ma la realtà delle cose è molto diversa, perché **il problema della responsabilità civile continua ad essere materia di una tormentata evoluzione e di contraddizioni che denunciano il conflitto della tradizione con l’evolvere di teorie ed orientamenti giurisprudenziali, chiaramente connessi con la trasformazione dei fattori economici e sociali.** Infatti nella individuazione delle categorie di interessi meritevoli di tutela, il peso della tradizione aveva fatto privilegiare esclusivamente gli interessi corrispondenti ai valori ritenuti più importanti: i valori della persona umana, da un lato, e quelli della proprietà, dall’altro. Nella sistematica degli interessi protetti come “diritti”, soltanto quei valori erano tutelati in quanto si identificavano con i diritti soggettivi “assoluti”. La erosione della scala dei valori, i mutamenti sociali, lo sviluppo del progresso tecnologico, hanno profondamente modificato i presupposti dai quali muovere per una delimitazione dell’area del danno risarcibile. **Appare tuttora determinante l’esigenza di identificare criteri di selezione degli interessi meritevoli di tutela, e quindi di circoscrivere l’area del danno risarcibile, per evitare che una propagazione irrazionale dei meccanismi di tutela renda necessario il risarcimento di ogni danno provocato dall’attività umana, senza considerazioni alcuna per la consistenza e la qualità dell’interesse leso.** Tuttavia l’esigenza di rendere le norme della disciplina dell’illecito conformi alle aspirazioni di sicurezza e di protezione degli interessi che più connotano la società odierna, ha indotto la dottrina e la giurisprudenza prevalenti a superare gli schemi consolidati dalla tradizione, per elaborare modelli di risarcimento e criteri di selezione più moderni.

**Il fondamento di questa nuova tendenza è offerto dall’espressione “ingiustizia del danno”.** In presenza di una clausola generale di così ampia portata, non potevano che

essere promossi differenti tentativi di analisi e di interpretazione. Certo è, tuttavia, che assunto comune alle diverse posizioni è in ogni caso l'opinione che l'espressione ingiustizia "ha rappresentato una valvola attraverso la quale si è inteso dar tutela ad una serie di situazioni pregiudizievoli ad un soggetto per effetto dell'attività di altri". E la responsabilità civile viene considerata come un "complesso normativo predisposto dall'ordinamento giuridico per reagire al danno ingiusto: non soltanto come alterazione economica, ma anche come tipico pregiudizio della personalità morale del soggetto danneggiato, in quanto lesivo dei suoi sentimenti, del suo decoro, della sua reputazione, della integrità dell'opera dell'ingegno e della attribuzione di essa".

**Dottrina e giurisprudenza hanno esteso l'ambito degli interessi degni di tutela così da ricomprendere nell'area del danno risarcibile, accanto agli interessi tradizionalmente protetti come i diritti "personalissimi" ed i diritti reali, anche la lesione di diritti relativi e di interessi economici che si riassumono nella espressione "danno economico", di diritti di godimento, di aspettative e di interessi legittimi. Così nel tentativo di conferire maggiore rilievo ai valori della persona si è riconosciuta tutela al diritto alla salute, alla vita di relazione, alla riservatezza, al danno morale inteso nella sua accezione più ampia. In questo senso, l'area del danno risarcibile assume dimensioni sempre più late.**

Questo fatto si riflette soprattutto nel settore della circolazione degli autoveicoli, con un profilo particolare che diviene sempre più emergente: il danno alla salute, un nuovo tipo di danno che ha trovato rispondenza in dottrina e nella giurisprudenza che danno rilevanza alla lesione del diritto soggettivo perfetto (in Italia costituzionalmente tutelato) operata dalle più diverse forme di accadimento dell'evento dannoso, ma in particolare dalla circolazione degli autoveicoli. E' infatti in queste fattispecie che si riscontra, con maggiore frequenza, l'uso da parte dei Tribunali della nozione **di diritto alla salute. La dottrina ha variamente interpretato questa espressione: alcuni ne hanno sottolineato l'aspetto che si avvicina alla nozione di danno morale; altri vi hanno ravvisato invece gli estremi del danno non patrimoniale, ma suscettibile di valutazione economica; altri ancora ne hanno posto in evidenza la semplice tutelabilità sotto forma di lesione di un interesse protetto, svincolando l'analisi dalla considerazione del danno morale.**

**Si sta quindi formando un orientamento che, pur con le differenti caratterizzazioni conferite alla espressione "salute", si mostra favorevole all'ingresso di questo tipo di danno nell'area della responsabilità e quindi del risarcimento.** E' doveroso comunque porre in evidenza che esistono numerose opinioni contrarie, autorevolmente formulate, che di tale danno sottolineano la difficile valutazione, ne indicano gli incerti contorni normativi, soprattutto ne sottolineano la funzione ideologica, dal momento che in origine il concetto di danno alla salute fu elaborato per reazione al sistema di valutazione tradizionale che privilegia i danneggiati a reddito più elevato, con pregiudizio dei danneggiati a reddito più basso.

L'opinione dominante è quella per cui **il danno alla persona, in caso di lesione che abbia dato luogo ad invalidità temporanea o permanente, non è identificabile nel solo lucro cessante, ma nella lesione stessa dell'integrità psicofisica del soggetto e cioè nel cosiddetto danno biologico o danno alla salute. Per definizione, quindi, il danno biologico si riferisce esclusivamente alla lesione dell'integrità psicofisica in sé e per sé considerata ed il relativo risarcimento deve prescindere sia dalle ripercussioni negative che la lesione abbia determinato nella sfera meramente**

**psichica (*pretium doloris*) sia dalle conseguenze limitative dell'attività lavorativa e quindi del reddito del soggetto leso.**

Nella Repubblica Italiana questi principi furono sostenuti per la prima volta in giurisprudenza dal Tribunale di Genova che, con sentenza 25 maggio 1974, diede applicazione concreta alle “Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona” (Monetti – Pellegrino, in *Foro Italiano*, 1974, pag. 159 ss.) ove il sistema di liquidazione del danno alla persona, tradizionalmente usato dalla giurisprudenza, era stato sottoposto ad una critica radicale che ne aveva posto in evidenza l'intrinseca illogicità e la sostanziale iniquità. La sentenza individuò i capisaldi normativi di una corretta impostazione del risarcimento del danno alla persona negli artt. 32 della Costituzione e 2043 del Codice Civile e concluse: “Alla luce di tutte queste considerazioni non c'è quindi nessun dubbio sul fatto che il diritto alla salute sia, pienamente e in quanto tale, tutelato anche dal diritto civile. Ogni sua violazione, ogni lesione personale obbliga perciò il responsabile a pagare una somma di denaro come risarcimento di tale danno. La sua riduzione in termini monetari suscita due distinti ordini di questioni, a seconda che il danno consista nella sola menomazione fisica oppure se esso sia di entità o caratteristiche tali da limitare realmente l'attività lavorativa del soggetto riducendone di conseguenza la capacità di guadagno. Sul primo aspetto identificato si deve innanzitutto osservare che una lesione permanente la quale riguardi solo lo stato di salute della persona dovrà essere valutata e quindi liquidata in termini esattamente eguali per tutte le persone, salvo a tenere conto delle rispettive età. E' evidente infatti che se il danno fisico non influisce minimamente sull'attività lavorativa del leso (e quindi sul relativo reddito) esso sarà identico per tutti, mentre l'unità variabile di cui si dovrà tenere conto sarà costituita dall'età dell'infortunato, cioè dalla probabile quantità di tempo durante la quale questi dovrà vivere con quella certa menomazione: l'entità della somma evidentemente diminuirà con l'aumentare dell'età. Ovviamente poi non si terrà conto ai fini del risarcimento di qualsiasi menomazione, ma solo di quelle che concreteranno un danno funzionale, una limitazione della validità, una riduzione della efficienza psicofisica”.

La Corte Costituzionale Italiana pervenne ad analoga enunciazione con la sentenza 12 luglio 1989 n.88 con la quale affermò: “Il bene afferente alla salute è tutelato dall'art. 32 della Costituzione non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicchè si configura come un diritto primario ed assoluto pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso è certamente da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e non sembra dubbia la sussistenza dell'illecito con conseguente obbligo della riparazione, in caso di violazione del diritto stesso. Da tale qualificazione deriva che l'indennizzabilità non può essere limitata alle conseguenze delle violazioni incidenti sull'attitudine a produrre reddito, ma deve comprendere anche gli effetti della lesione al diritto considerato come posizione soggettiva autonoma indipendentemente da ogni altra circostanza o conseguenza.... Ove un reato sia commesso, il colpevole è tenuto anche al risarcimento dei danni non patrimoniali. L'espressione danno non patrimoniale adottata dal legislatore è ampia e generale e tale da riferirsi senza ombra di dubbio a qualsiasi pregiudizio che si contrapponga in via negativa a quello patrimoniale caratterizzato dalla economicità dell'interesse leso. Il ché porta a ritenere che l'ambito di applicazione delle norme richiamate si estende fino a ricomprendere ogni danno non suscettibile direttamente di valutazione economica, compreso quello alla salute”.

La Corte di Cassazione, con sentenza 6 aprile 1983 nr. 2396, riesaminando dall'inizio la questione della risarcibilità del danno biologico, osservò: "L'articolo 2043 del codice civile ponendo il principio della risarcibilità del danno ingiusto senza altra qualificazione (in particolare, senza riferimento specifico alla natura patrimoniale del danno, nel senso che riguardi necessariamente la menomazione del complesso dei rapporti giuridici patrimoniali di carattere reale e obbligatorio che fanno capo al soggetto) stabilisce in via immediata la risarcibilità delle menomazioni di quello che è il complessivo valore della persona nella sua proiezione non solo economica e oggettiva fatta palese dal patrimonio, ma anche soggettiva, biologica e sociale".

In diritto italiano, la risarcibilità del danno biologico è stata sanzionata legislativamente dall'art. 4 della Legge 26 febbraio 1977 n.39, portante modifiche al regime di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile da circolazione dei veicoli e dei natanti. Dalla concreta portata di tale norma, che deve essere considerata la norma cardine dell'ordinamento italiano in materia di liquidazione dei danni alla persona, derivano le ovvie conseguenze:

- 1) non possono, dopo l'entrata in vigore della norma stessa, essere liquidati in base al reddito danni non incidenti specificamente sul reddito;
- 2) esistono danni da invalidità temporanea e permanente non incidenti sul reddito e tuttavia risarcibili.

La norma pertanto trova applicazione:

- 1) sia nell'ipotesi in cui la persona danneggiata non sia titolare di un reddito di lavoro (minori, disoccupati, casalinghe, anziani); appare evidente che il termine "reddito" riferito a tale ipotesi, ove un reddito manca, è stato impropriamente usato dal legislatore italiano in luogo di un termine equivalente a "parametro" o simile;
- 2) sia nell'ipotesi in cui non vi sia incidenza della lesione invalidante sul reddito; questa ipotesi, d'altra parte, appare comprensiva anche della precedente, in quanto chi non è produttore di reddito non può che subire lesioni non incidenti sul reddito e conferma, in ogni caso la sancita risarcibilità del danno biologico da parte del legislatore.

**Tutte le considerazioni sopra esposte portano, coscientemente e ragionevolmente, a concludere che l'introduzione nella giurisprudenza sammarinese del concetto di danno psicofisico non contrasta, ed anzi è in perfetta sintonia, con i principi sanciti dal diritto comune.** Basti considerare che Grozio (in *Manud. ad jurispr. Holl.*, lib. 3, cap. 34, num. 5 e 6), citato da Voet, afferma: "*Homo liber pretium non habet*" ed il medesimo Voet: "*corpus liberum proprie nullam recipit aestimationem*" e prosegue che, ai fini del risarcimento dei danni di qualsiasi natura: "*actio datur, ut non modo impendiorum in curationem, et operarum, quibus laesus caruit et in posterum cariturus est, sed et cicatricis et doloris atque deformitatis, aestimatio moribus praestanda veniat.*" (*Comm. ad Pand.*, L. IX, tit: II, parag. 11, pag. 217 ed. Ven 1827).

E', con ogni evidenza, espressione normativa estremamente sintetica, ma sicuramente onnicomprensiva, poiché se "*impensae*" ed "*operae*" non possono che riferirsi al danno patrimoniale, "*cicatrix*" a quello estetico, "*dolor*" a quello morale, "*deformitas*" non può attribuirsi che alla lesione dell'integrità psicofisica del soggetto danneggiato.

Ammissa la risarcibilità del danno psicofisico, non è certo agevole indicare canoni precisi e definitivi in relazione ai criteri di liquidazione. Non appaiono infatti integralmente accettabili e recepitili:

- 1) il criterio di liquidazione italiano attualmente regolato dall'art. 4 della richiamata legge n.39 dell'anno 1977, secondo cui il reddito che occorre considerare ai fini del

risarcimento non può comunque essere inferiore a tre volte l'ammontare annuo della pensione sociale;

2) il criterio francese del "calcul au point", nel quale unità di misura è il "point d'incapacité", ossia il valore che si ottiene dividendo la somma liquidata a titolo di risarcimento del danno alla salute, in caso di invalidità permanente, per la percentuale di tale invalidità;

3) il criterio, adottato dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesche, "dell'opportunity cost" in base al quale si stima il guadagno che il soggetto potrebbe ricavare se destinasse il tempo "libero" alla produzione di reddito monetario.

**Non sussistendo elementi sicuri ed attendibili per la determinazione del valore biologico dell'uomo, non resta che concludere che l'unico criterio utilizzabile è quello equitativo, del resto sempre costantemente seguito dalla giurisprudenza sammarinese. E' infine opportuno e doveroso precisare che, proprio in applicazione di tale equitativo criterio, il danno psicofisico non viene considerato come un "tertium genus", intermedio tra danni patrimoniali e danni non patrimoniali; pertanto il relativo indennizzo non viene determinato in via separata ed autonoma, ma quale elemento integratore del risarcimento dei danni di qualsiasi natura.**

## 15.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 13 marzo 1991.

Carattoni Renato (Avv. G. Lonfernini) : Moscioni Tito, Irma, Maria Grazia (Avv. P. Reffi), Moscioni Pina (Avv. G.L. Berti); S.p.a. Industria Italiana Petroli, chiamata in causa (Avv. M. Micheloni) – Causa n. 251, anno 1985<sup>71</sup>.

**Locazione – Area nuda di terreno – Contratto di cessione di gestione di licenza di esercizio – Società di persone.**

*La proroga in favore del conduttore stabilita dalla legge sulle locazioni non è applicabile in materia di locazione di area nuda di terreno.*

*La società di persone non è dotata di personalità giuridica, pertanto l'attività di essa, non essendo riferibile ad una individualità soggettiva distinta da quella dei singoli soci, va imputata a ciascuno di questi.*

## FATTO

Con istanza avanzata in data 30 ottobre 1985 il sig. Carattoni Renato espone:

1) di avere assunto in gestione, con contratto stipulato in data 14 dicembre 1979, la stazione di vendita di carburanti e lubrificanti, sita in Murata di proprietà dei signori Moscioni Tito, Irma, Maria Grazia, Pina;

<sup>71</sup> Riformata con la decisione di secondo grado del 28 dicembre 1993; vedi Parete seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 30.

2) la scadenza del contratto era fissata alla data del 28 febbraio 1985, ma lo stesso sarebbe stato prorogato automaticamente qualora non fosse stata inviata disdetta sei mesi prima della scadenza fissata;

3) arbitrariamente e senza motivazione alcuna i signori Moscioni nel mese di novembre dell'anno 1984 inviarono disdetta del contratto alla S.p.A. Industria Italiana Petroli che riforniva la stazione di vendita;

4) detta società sospese i rifornimenti di carburanti e lubrificanti, con grave pregiudizio economico dell'istante Carattoni.

Quanto sopra esposto l'attore convenne avanti a questo Tribunale i signori Moscioni per sentirli condannare in solido al pagamento della complessiva somma di lire 16.220.000=, costituita dal prezzo di prodotti invenduti e dal mancato guadagno percepito da esso attore. I convenuti Moscioni Tito, Irma e Maria Grazia, con atto in data 22 marzo 1986, chiamarono in causa la S.p.A. Industria Italiana Petroli per sentirla condannare, eventualmente in solido con la signora Moscioni Pina, alla rifusione di tutti i danni subiti dal Carattoni Renato, sollevando così i predetti da ogni pretesa avanzata nei loro confronti dallo stesso Carattoni. Nei rituali termini di prova e controprova vennero esaminati in qualità di testi il rag. Elio Capicchioni ed il sig. Carlo Petermann. Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le finali allegazioni, così concludendo:

1) l'avv. Giuseppe Lonfernini, per l'attore Carattoni Renato: "Confermare la responsabilità dei signori Moscioni Tito, Pina, Irma e Maria Grazia (secondo la graduazione che a ciascuno sarà attribuita) e di conseguenza condannare gli stessi al pagamento della somma di £. 16.220.000= per danno emergente e lucro cessante";

2) l'avv. Gian Luigi Berti, per conto della convenuta Moscioni Pina: "Respingersi la domanda di risarcimento danni del Carattoni Renato, quanto meno nei riguardi di Moscioni Pina";

3) l'avv. Paolo Reffi, per i convenuti Moscioni Tito, Irma e Maria Grazia: "L'eventuale condanna al risarcimento dei danni subiti dal Carattoni Renato sia pronunciata nei confronti della signora Moscioni Pina e della S.p.A. IP, esentandone invece nel modo più assoluto i signori Moscioni Tito, Irma e Maria Grazia";

4) l'avv. Manuel Micheloni, per la chiamata in causa S.p.A. Industria Italiana Petroli: "Respingere la richiesta avanzata dalle signore Moscioni Irma e Maria Grazia in quanto del tutto priva di fondamento".

## DIRITTO

Ai fini di una corretta decisione, appare indispensabile procedere ad una più attenta analisi dei documenti prodotti (rispetto a quella alquanto affrettata e superficiale fatta dai procuratori delle parti in causa) ed alla esposizione ed applicazione di principi di diritto (non chiariti sufficientemente dai procuratori medesimi).

E' primario e fondamentale distinguere natura ed effetti del contratto di locazione di area di terreno da quelli del contratto di gestione della stazione di servizio provvisoriamente installata sull'area predetta.

Con contratto stipulato in data 1° aprile 1976 i signori Michi Isolina, Moscioni Tito, Pina, Irma, Maria Grazia, quali proprietari *pro indiviso*, concessero in locazione alla S.p.A. Industria Italiana Petroli un appezzamento di terreno di mq. 520 circa, sito in località Casa Rossa di questa Repubblica, con facoltà della IP di destinare l'immobile

locato a tutti gli usi commerciali ritenuti più opportuni. Merita trascrivere integralmente l'art. 2 del contratto, intestato "Durata della locazione": "La locazione avrà la durata di anni quattro con decorrenza dal 1° aprile 1976 e scadenza al 31 marzo 1980 ed a tale scadenza si rinnoverà tacitamente per un uguale periodo di tempo ed alle medesime condizioni, salvo disdetta da darsi da una delle parti all'altra a mezzo lettera raccomandata con ricevuta di ritorno almeno tre mesi prima di detta scadenza". Non può pertanto sussistere dubbio alcuno che il contratto di locazione scadeva improrogabilmente, senza la possibilità alcuna di rinnovo, alla data del 31 marzo 1984, non essendo stata data disdetta tre mesi prima della scadenza del 31 marzo 1980. Coerentemente ed in piena legalità, con lettera inviata in data 26 giugno 1984 alla S.p.A. Industria Italiana Petroli, la signora Moscioni Pina dichiarò cessata col 30 aprile 1984 la locazione dell'area precisando "la clausola 2 del contratto prevedeva infatti un solo rinnovo quadriennale, iniziato il 1° aprile 1980 e terminato con la data di cui sopra (30 aprile 1984)" e di non aver mai inteso né intendere di rinnovare la locazione. Comunicazione analoga, sempre nella stessa data del 26 giugno 1984, la signora Moscioni Pina inviò a Carattoni Renato, a Moscioni Tito, Irma e Maria Grazia.

E' di tutta evidenza che quella della signora Moscioni Pina non può giuridicamente qualificarsi (come invece costantemente e più che impropriamente hanno fatto le parti in causa) quale "disdetta", ma correttamente ed unicamente quale presa d'atto della naturale risoluzione, per scadenza improrogabile, del contratto di locazione di area a suo tempo stipulato. Comunque la S.p.A. Industria Italiana Petroli, con nota in data 16 agosto 1984, inviata a tutti i sottoscrittori del contratto di locazione, confermò l'accettazione della disdetta inviata il 26 giugno 1984. La società stessa, con nota in data 14 novembre 1984, dichiarò di non avere motivo né intenzione di avvalersi di eventuali proroghe in favore del conduttore stabilite dalla nuova legge in materia di locazioni, la cui applicazione del resto era più che opinabile in materia di locazione di nudi terreni. Con successiva nota in data 13 dicembre 1984 la società IP ulteriormente confermò "la validità della scadenza contrattuale riferita alla locazione del terreno stipulata tra le parti il 1° aprile 1976 e già scaduta il 30 marzo 1984".

In diritto. Ove anche si volesse accettare l'impropria qualificazione "disdetta", l'atto in data 26 giugno 1984 della signora Moscioni Pina sarebbe egualmente e giuridicamente fondato e produttivo di effetti non solo per la stessa Moscioni Pina ma anche per tutti gli altri comproprietari dell'area in questione.

E' fondamentale il rilievo che, **non essendo le società di persone (e quelle di fatto) dotate di personalità giuridica, l'attività di tali enti, non essendo riferibile ad una individualità soggettiva distinta da quella dei singoli soci, va imputata a ciascuno di questi. E' coerente conseguenza che la necessità del singolo locatore, o di esercitare una propria attività, od ogni altro motivo e principalmente la scadenza del contratto di locazione, giustificano pienamente la richiesta di rilascio dell'immobile. In realtà, l'attività della società di persone o di fatto, caratterizzata dalla base personale, dalla responsabilità solidale ed illimitata dei singoli soci e dalla mancanza della personalità giuridica, non è imputabile ad una individualità soggettiva distinta dal singolo socio, appartenendo invece ad ognuno di essi "in proprio": cosicché la destinazione di un immobile a qualsivoglia attività si pone come un diritto del membro del gruppo di esplicare l'attività medesima in proprio, in quanto socio.**

Conferma della regola esposta è che l'unica eccezione va ravvisata in riferimento alla categoria dei locatori soci accomandanti di società in accomandita semplice, ai quali, differentemente da quanto avviene per gli accomandatari e gli altri soci di società personali, è istituzionalmente preclusa la partecipazione all'amministrazione dell'ente ed alla determinazione della sua volontà non potendosi considerare "propria" di tali soggetti un'attività in relazione alla quale essi non hanno, in definitiva, alcuna concreta ingerenza. **Pure il diverso trattamento riservato alle società di capitali (alle quali è espressamente riconosciuta perfetta personalità giuridica) porta ad escludere che, ai fini del recesso, le esigenze di tali enti possano essere fatte valere dal singolo socio e viceversa.**

In ogni caso, **la giurisprudenza italiana (alla quale, in materia, può farsi riferimento, in mancanza di specifici precedenti giurisprudenziali sammarinesi)** in particolare con le sentenze 9 ottobre 1980 nr. 5404 e 8 dicembre 1981 nr. 6503 della Corte di Cassazione **ha escluso la riconduzione del contratto di locazione della cosiddetta "area nuda adibita all'esercizio di attività commerciale" nell'ambito della legislazione speciale sulle locazioni, contratto che resta pertanto esclusivamente regolato dalle pattuizioni intercorse tra le parti contraenti.**

Con contratto stipulato in data 14 dicembre 1979 le signore Moscioni Irma e Moscioni Maria Grazia, "quali titolari della licenza di esercizio nr. 31 del vigente elenco merceologico carburanti e lubrificanti" hanno ceduto la gestione della licenza stessa e dei relativi impianti di distribuzione al signor Carattoni Renato, per la durata di anni cinque, con decorrenza dal 1° marzo 1980 e scadenza al 28 febbraio 1985, con proroga di anno in anno, salvo disdetta da darsi sei mesi prima della scadenza originaria o di ogni altra successiva. E' da rilevare, ad ogni buon conto, che il canone di gestione e locazione venne stabilito nella quasi simbolica e comunque irrisoria somma di annue lire 175.000=.

E' appena il caso di notare che il contratto vincola esclusivamente Moscioni Irma e Maria Grazia, le quali devono imputare unicamente a sé stesse ogni negativa conseguenza di avere stipulato un contratto di gestione che prevedeva una data di scadenza, per di più prorogabile di anno in anno, che andava ben oltre il termine entro cui cessavano gli effetti del contratto anche da loro medesime stipulato per la locazione dell'area su cui sorgeva l'impianto ceduto. Nessuna pretesa possono avanzare l'attore Carattoni e le convenute Moscioni Irma e Maria Grazia nei confronti della S.p.A. Industria Italiana Petroli che, in via eccezionale e di bonario componimento, prendendo atto del contratto di gestione stipulato, in precedenza ad essa società non reso noto, si dichiarò disposta comunque a proseguire i rifornimenti di carburanti e lubrificanti fino al 28 febbraio 1985, data di scadenza del contratto medesimo, al quale la Società era totalmente estranea.

Sono altresì da trascrivere testualmente, per porle nel dovuto rilievo, le clausole 6 e 7 del contratto stipulato tra le Moscioni ed il Carattoni: "Al termine del contratto la parte cedente dovrà acquistare il quantitativo di carburante, olio combustibile ed antigelo esistente al prezzo di costo. Gli accessori saranno esclusi dall'obbligo dell'acquisto..... Al termine del contratto il signor Carattoni Renato nulla potrà pretendere a titolo di avviamento od altro in quanto di tutto ciò si è tenuto conto nella determinazione del canone di gestione".

Nessuna pretesa di danni possono avanzare il Carattoni e Moscioni Irma e Maria Grazia nei confronti di Moscioni Pina, avendo questa comunicato e rammentato loro, fin dal



mezzo di giugno dell'anno 1984, la risoluzione del contratto di locazione del terreno stipulato il 1° aprile 1976; precauzione lodevole, ma anche superflua, poiché tutti gli intervenuti nella stipulazione del contratto non dovevano ignorare la negoziale, improrogabile scadenza al 31 marzo 1984; tenendo altresì nel dovuto conto che l'attore Carattoni Renato è genero del convenuto Moscioni Tito.

Resterebbe da esaminare e decidere, in merito al rapporto contrattuale tra il Carattoni e Moscioni Irma e Maria Grazia, una sola circostanza. Il commercialista rag. Elio Capicchioni, incaricato dal Carattoni, ha stimato che, alla data del 30 marzo 1985, nella stazione di servizio erano giacenti carburanti, olio combustibile e confezioni di antigelo (unici prodotti da tenere in considerazione ai sensi della riportata clausola nr. 6 del contratto in data 14 dicembre 1979) per un valore complessivo di lire 5.026.000=.

E' spiacevole, ma doveroso, dichiarare che le parti interessate, anche in merito a tale punto, non hanno fornito la benchè minima prova o formulato qualsiasi osservazione e deduzione; si ignora pertanto completamente se e dove tali prodotti siano stati sistemati o depositati, dopo la rimozione degli impianti, oppure se siano, e da chi, stati alienati e per quale prezzo, oppure ancora acquistati, a termini di contratto, da Moscioni Irma e Maria Grazia e pagati al Carattoni. Non sussiste dunque possibilità alcuna di adottare una decisione qualsiasi.

In conclusione, devono essere respinte, in quanto totalmente infondate e pretestuose, le istanze avanzate dall'attore Carattoni Renato nei confronti dei convenuti Moscioni Tito, Irma, Maria Grazia, Pina, e da Moscioni Tito, Irma e Maria Grazia nei confronti di Moscioni Pina e della S.p.A. Industria Italiana Petroli.

Le spese del giudizio possono essere compensate nel rapporto tra il Carattoni e Moscioni Tito, Irma, Maria Grazia. Vanno invece poste a totale carico del soccombente Carattoni Renato nei confronti di Moscioni Pina e della S.p.A. Industria Italiana Petroli.

## 16.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 13 marzo 1991.

Forcellini Silvano (avv. Alberto Selva) : P.p.a. Gorge S. May International (Avv. G. Micheloni) – Causa n. 121, anno 1990.

### **Imposte – Ritenuta a titolo d'imposta.**

*I soggetti, che corrispondono compensi per prestazioni di lavoro autonomo a soggetti residenti all'estero, devono operare una ritenuta a titolo di imposta del venti per cento. Sono assoggettati ad imposta i singoli compensi per prestazioni di lavoro autonomo, non il reddito di lavoro autonomo.*

*Le singole prestazioni sono da considerarsi alla stessa stregua degli adempimenti di impegni derivanti da contratti di locatio operis.*

---

FATTO

Con istanza depositata il 12 aprile 1990 l'attore, ha chiamato in causa la convenuta per "accertare il diritto di credito dell'attore e di conseguenza condannare la convenuta società al pagamento della somma di £. 6.072.200= e inoltre al pagamento della relativa svalutazione monetaria, interessi legali, spese ed onorari di causa".

Assume l'attore, di aver avuto prestazioni professionali di consulenza aziendale dalla convenuta e di aver pagato un importo complessivo di £.30.361.000= quale compenso.

Assume altresì l'attore di aver pagato all'Ufficio Tributario della Repubblica la somma di £.6.072.600= a titolo di ritenuta d'imposta sul predetto compenso, a mente dell'art. 39, comma sesto, della Legge 13 ottobre 1984, n. 91, modificato dall'art. 22 della Legge 30 dicembre 1986, n°.155.

Assume infine l'attore che la convenuta non ha restituito la suddetta somma di cui l'attore si è dovuto fare carico.

Riprodotta regolarmente la citazione da parte del procuratore dell'attore, costituitasi la convenuta, è stato accordato il termine statutario: il procuratore della convenuta non ha minimamente contestato i fatti esposti. Ha però eccepito che "la ritenuta d'imposta si applica solo a persone fisiche e non a persone giuridiche", come poi è da ritenersi la convenuta. Ha infine dichiarato di rinunciare a tutti i termini di prova e controprova in suo favore, depositando in atto le finali allegazioni in diritto, "dovendosi risolvere la vertenza non in fatto, ma in diritto".

Il procuratore dell'attore, formalmente investito della richiesta avversaria, ha ugualmente rinunciato ai termini, producendo ugualmente in atti le memorie conclusionali.

Preso atto delle concordi richieste dei procuratori delle parti, fissata l'udienza di irrotulazione, la causa è stata posta *pro servato* e trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore dell'attore ha così concluso: "ogni contraria deduzione ed eccezione reietta, voglia condannare la convenuta George S; May International s.p.a. al pagamento in favore dell'attore Forcellini Silvano di £.6.072.000=, con gli interessi legali e la svalutazione monetaria con riserva di una loro quantificazione precisa in prosieguo. Condannare infine al pagamento di onorari e spese di causa in £.1.500.000=".

Il procuratore del convenuto ha invece così concluso: "rigettarsi l'istanza attrice dando logica e letterale interpretazione al richiamato art. 39, comma 6 della Legge 13 ottobre 1984, n°. 91 modificato con successivo art. 22 della legge 30 dicembre 1986, n. 155, nel senso di non doversi ritenere soggetti a ritenuta i compensi per prestazioni di servizi resi da persone giuridiche e nel caso da società di capitali. Chiede altresì condannarsi l'attore Forcellini Silvano, quale titolare della ditta Silfor, al pagamento delle spese ed onorari del presente giudizio" che sono state analiticamente specificate in complessive £. 1.320.000=.

## DIRITTO

1) La domanda dell'attore è di accertare un diritto di credito e di ottenere una conseguente pronuncia di condanna: così é richiesto nell'istanza di citazione e così é confermato nelle finali allegazioni in diritto.

L'attore fonda il suo credito per essere stato chiamato a sostituire nel pagamento dell'imposta un soggetto non residente nel territorio della Repubblica.

Al di là delle interessantissime considerazioni *de iure condendo*, la convenuta in concreto eccepisce che nulla è da lei dovuto, perché, quanto vantato come diritto di

credito dall'attore, non doveva essere pagato, per non essere dovuto dalla convenuta stessa come imposta. In altre parole la convenuta oppone di non essere soggetto produttore di reddito autonomo tassabile secondo il citato art.39.

L'eccezione della convenuta in sostanza contesta di non integrare gli estremi necessari per avere la qualità intrinseca di soggetto di imposta e in definitiva oppone all'attore di avere assolto un obbligo che non doveva assolvere.

Devesi pertanto decidere sulla fondatezza o meno del diritto di credito vantato dall'attore che è stato chiamato al pagamento di una imposta come sostituto .

2) L'invocato comma sesto dell'art.39 della Legge 13 ottobre 1984, n.91, così espressamente recita: "i soggetti di cui al primo comma, che corrispondono compensi in danaro o natura e comunque denominati, per prestazioni di lavoro autonomo o assimilate a soggetti residenti all'estero, debbono operare una ritenuta a titolo di imposta del 20%". I soggetti richiamati sono definiti dal primo comma dello stesso art.39 come coloro "che svolgono l'attività di cui agli art.19 e 20, le imprese agricole, lo Stato e gli enti pubblici". Sono quindi chiamati ad effettuare la ritenuta a titolo di imposta, ai fini della tassazione per compensi derivanti da lavoro autonomo a soggetti residenti all'estero, "le imprese agricole, lo Stato e gli enti pubblici", nonché i soggetti produttori di un reddito di lavoro autonomo (art.19) o di un reddito d'impresa (art.20).

L'attore ha quindi tutte le caratteristiche soggettive ed oggettive per poter essere chiamato ad effettuare la ritenuta d'imposta, perché svolge una attività che produce un reddito di impresa, secondo la nozione indicata dal citato art.20, che è espressamente richiamato dal testo dell'art.39, nell'ordine prima dal sesto e poi dal primo comma.

3) Eccepisce la convenuta che, ai fini della ritenuta a titolo d'imposta, la nozione di lavoro autonomo è quella individuata dal primo comma dell'art.19 della stessa Legge 13 ottobre 1984, n.91.

In primo luogo si deve però osservare, che in questa norma si definisce piuttosto il reddito di lavoro autonomo, che "è costituito dalla differenza tra tutti i compensi percepiti nel corso dell'anno solare dall'artista o professionista nell'esercizio della sua attività e le spese inerenti a tale esercizio, purché documentate ed effettivamente sostenute nello stesso anno".

Il richiamo a persone fisiche, quali certamente sono l'artista o il professionista, e non a persone giuridiche, è l'argomento letterale essenziale, che si vuole non consenta di collocare la convenuta tra quei soggetti produttori di un reddito di lavoro autonomo, cui è consentito trattenere un'imposta del 20%, a mente del riportato sesto comma dell'art.39.

Contro tale strettissima esegesi, proposta dalla convenuta, si oppone l'altro argomento letterale, derivante dal secondo comma dello stesso art.19, che ugualmente determina il reddito di lavoro autonomo. Qui si fa menzione di un più ampio e meno soggettivo concetto di lavoro autonomo, definito come "l' esercizio dell'arte e della professione", non in relazione ai soggetti, ma alle attività esercitate.

4) Ma la definizione di lavoro autonomo, anzi di "prestazioni di lavoro autonomo o assimilate", prese in considerazione dall'art. 39, non scaturisce, né può scaturire soltanto dalla vigente legge tributaria.

Il lavoro autonomo rilevante ai fini della ritenuta d'imposta, è nozione assai più ampia e generica, che si definisce anche per contrapposizione al lavoro subordinato, anzi alle prestazioni di lavoro subordinato.

E' perciò importante chiarire con fermezza, che **il sesto comma dell'art. 39 assoggetta ad imposta non il reddito di lavoro autonomo, quale viene determinato ad altri fini tributari dall'art. 19, bensì solo i singoli compensi "per prestazioni di lavoro autonomo"**.

Dovendo individuare le "prestazioni di lavoro autonomo", e non il reddito, si deve concludere che nel sesto comma dell'art. 39 è stata così richiamata la nozione generale di lavoro autonomo.

E' nozione assai più ampia di quella, che è data dal primo comma dell'art.19, e che comunque non può essere applicata in modo troppo stretto nelle sue sole qualificazioni dei soggetti, ma piuttosto nelle attività svolte.

**I singoli compensi** - i soli rilevanti per la legge tributaria, su cui trattenere l'imposta - sono la vera *causa impositionis* e non costituiscono il reddito da lavoro autonomo determinato dall'art. 19; le singole prestazioni sono invece da considerare alla stessa stregua degli adempimenti di impegni derivanti da contratti di *locatio operis*. **In conclusione per l'art. 39 non ha nessuna rilevanza ai fini tributari se il soggetto sia persona fisica o giuridica; rileva invece che il soggetto, risiedendo all'estero, riceva "compensi in danaro o natura e comunque denominati, per prestazioni di lavoro autonomo o assimilate"**.

L'eccezione sollevata dalla convenuta non può essere accolta.

5) L'attore, chiamato a versare quanto per suo obbligo deve trattare a titolo di imposta, ha pagato correttamente, vantando così nei confronti della convenuta un diritto a vedersi rifondere l'imposta, che grava per legge sui soli compensi già pagati. Tale imposta, dopo il pagamento, non può più scorporarsi e trasferirsi contabilmente a carico del sostituto, ma colpisce ormai soltanto il soggetto, residente all'estero, cui sono stati corrisposti compensi "per prestazioni di lavoro autonomo".

La fondatezza della ulteriore istanza, tardivamente proposta in via riconvenzionale dalla convenuta nelle sue finali allegazioni in diritto, per cui la valutazione dell'imposta non deve essere operata anche sulle vantate spese, può essere fatta valere solo nei confronti dell'Ecc.ma Camera, che però non è parte nel presente giudizio.

La soccombenza della convenuta giustifica la sua condanna nelle spese e negli onorari di causa.

## 17.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 14 marzo 1991.

Berardi Giuseppe (Avv. G.L. Berti) : Chiaruzzi Andreina (Avv. G. Belluzzi) – Causa n. 234, anno 1985.

### **Locazione – Canone – Determinazione – Danni all'immobile locato – Responsabilità.**

*La determinazione del canone di locazione di immobile, non precisata dalle parti nel suo ammontare, è rimessa all'equo apprezzamento del giudice.*

*Il locatario non è responsabile dei danni causati all'immobile locato da caso fortuito.*

---

(omissis)

### 18.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 18 marzo 1991.

Concorso giudiziale dei creditori di Simoncini Giancarlo (Avv. P.L. Bacciocchi) : Muscioni Silvano (Avv. L. Bacciocchi) – Causa n. 355, anno 1988<sup>72</sup>.

#### **Azione revocatoria concorsuale – Buona fede – Concetto.**

*Non si ritiene sufficiente, a porre in buona fede, l'erronea rappresentazione della realtà e quindi la semplice ignoranza, ma occorre che sia usata una certa diligenza per raggiungere, pur senza riuscirvi, l'esatta notizia delle cose.*

*La buona fede deve intendersi come il risultato negativo dell'attività intellettuale esercitata per conoscere il vero, deve pertanto escludersi tutte le volte in cui il risultato avrebbe potuto essere convertito da negativo in positivo mediante uno sforzo maggiore.*

---

### FATTO E DIRITTO

Con ricorso avanzato in data 30 marzo 1987 il signor Simoncini Giancarlo, in proprio e quale titolare della Ditta DAS, premesso di non essere più in grado di far fronte alle obbligazioni assunte con i propri creditori, dichiarò di cedere ai creditori stessi i beni di sua proprietà con riserva di formulare eventualmente una proposta di concordato. Con decreto 7 aprile 1987 (registrato l'8 aprile 1987 N. 1110 Vol. 191 del Registro di formalità) il Commissario della Legge dichiarò aperto il giudizio di liquidazione dei beni di proprietà del signor Simoncini Giancarlo in proprio e quale titolare della Ditta DAS, conseguente alla cessione fattane dallo stesso debitore. Con successivo decreto 13 aprile 1987 il rag. Casali Gian Enrico venne nominato curatore della procedura di liquidazione dei beni. Preso atto della relazione redatta in data 27 novembre 1987 con la quale il curatore rag. Casali, rilevato che l'attivo ammontava a lire 30.355.000= ed il passivo a lire 600.815.000=, concluse che qualsiasi proposta di concordato era chiaramente inattuabile, con decreto 3 febbraio 1988 (registrato il 4 febbraio 1988 al N. 461 Vol. 195 del Registro di formalità) venne dichiarato aperto ad ogni effetto di legge il giudiziale concorso dei creditori del signor Simoncini Giancarlo, in proprio e quale titolare della Ditta DAS. Con decreto 14 settembre 1988 il curatore del concorso rag. Casali venne autorizzato di esperire azione revocatoria nei confronti del signor Muscioni Silvano, il quale nel periodo anteriore di non oltre un anno dalla data di apertura della procedura di cessione dei beni, aveva ricevuto, senza apparente giustificazione, dal Simoncini la

---

<sup>72</sup> Confermata con la decisione di secondo grado dell'11 marzo 1993; vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 15.

complessiva somma di lire 41.030.000=. Pertanto il curatore del concorso, con atto di citazione 6 ottobre 1988, convenne avanti a questo Tribunale il signor Muscioni Silvano per sentire dichiarare inefficaci e quindi privi di effetti giuridici i pagamenti effettuati in suo favore dal Simoncini Giancarlo per il predetto importo, per essere stati posti in essere in frode alle ragioni della massa creditoria. Il convenuto, costituitosi in giudizio a mezzo di procuratore, richiese che l'istanza attrice fosse respinta in quanto infondata. Il giudizio si svolse regolarmente con l'ammissione di documenti prodotti dalla parte attrice e con l'espletamento dell'interrogatorio a chiarimento del Simoncini Giancarlo, richiesto dalla parte convenuta, nell'udienza dell'11 gennaio 1990 ed altrettanto regolarmente si concluse con il deposito delle finali allegazioni, con le quali i procuratori delle parti in causa validamente sostengono le rispettive tesi, ovviamente opposte.

Con la recente sentenza 20 marzo 1989<sup>73</sup>, passata in giudicato (emessa nella causa civile ordinaria n. 30 dell'anno 1985, promossa dalla procedura di liquidazione dei beni di proprietà dei coniugi Lazzari Ernesto e Ceccoli Rita contro la signora Mussoni Maria Stella) estesa con il più ampio riferimento alla sentenza 31 agosto 1962 (causa civile n.189 dell'anno 1959 – Giur. Samm., anno 1965, pag. 200) emessa dall'impareggiabile ed indimenticabile Commissario della Legge Avv. Giacomo Ramoino, questo Giudice ritenne in primo luogo opportuno trascrivere integralmente l'ultima parte dell'art. 3 della Legge 15 novembre 1917 nr. 17 del seguente testuale tenore: "Ogni alienazione gratuita od onerosa dei beni ceduti, posteriore all'apertura del concorso, è nulla di pieno diritto: e, se anteriore di un anno, è pure nulla l'alienazione gratuita; e, se onerosa, è inefficace per frode presunta ove danneggi le ragioni dei creditori, a meno che il terzo non provi la sua buona fede e cioè di non aver sfruttato a proprio vantaggio il dissesto dell'altro contraente".

Affermò quindi che **la legge, in ordine alle alienazioni fatte dal debitore, distingue tre periodi: 1) quello anteriore di oltre un anno all'apertura del concorso; 2) quello che non supera l'anno al momento dell'apertura del concorso; 3) quello posteriore all'apertura del concorso.**

**Nel primo periodo il debitore ha la piena e libera disponibilità dei suoi beni. Nessuna presunzione di insolvenza o di frode lo colpisce: cosicché i creditori o la massa concorsuale, per impugnare gli atti compiuti in tale periodo, devono ricorrere agli ordinari rimedi di legge e, in particolare, all'azione pauliana.**

**Nel terzo periodo il debitore non ha più la disponibilità dei suoi beni e, per ciò, tutti gli atti compiuti dal fallito, sono indistintamente colpiti da nullità assoluta.**

**Il secondo periodo è quello sospetto. Lo sbilancio del dissestato suole procedere l'apertura del concorso ed è in tale periodo che i creditori cercano, con ogni mezzo, di recuperare il loro avere e il dissestato cerca di ritardare la catastrofe con ripieghi e collusioni** "decoctus omnes doli, fraudis et malitiae praesumptiones contra se habet: decocti enim... sicut sunt faciles ad mentiendum, ita in creditorum damnum et fraudem solent colludere, bona intricare et conturbare: uni dando, alteri auferendo, et mille alia mala et facinora perpetrare" (Cesaregis, disc. 209, n.46 e segg.).

**Tutti gli atti compiuti dal dissestato durante questo secondo periodo sono dalla legge presunti in frode. La presunzione è assoluta iuris et de jure per gli atti gratuiti. E', invece relativa o juris tantum per gli atti onerosi che arrecano danno**

<sup>73</sup> Vedi la decisione di primo grado 20 marzo 1989, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, pag. 1482 s..

**alla massa dei creditori con riserva ai terzi, che hanno contratto col decotto, di provare la loro buona fede.**

**In relazione agli atti presunti in frode**, perché compiuti prima che sia compiuto l'anno anteriore al concorso, spetta al curatore del concorso provare: a) che l'**alienazione (ove si tratti di alienazione)** è avvenuta non oltre l'anno della dichiarazione del concorso; b) che essa danneggia le ragioni dei creditori. **Dimostrati questi estremi la presunzione di frode sussiste di fronte al terzo che ha trattato col decotto** (questi è, senz'altro, in mala fede in ogni caso, non potendo ignorare la sua situazione). **Per altro la legge riserva a detto terzo di distruggere la presunzione provando la sua buona fede** e cioè, aggiunge la legge, "di non aver sfruttato a proprio vantaggio il dissesto dell'altro contraente". Gravi sono le dispute che si agitarono e si agitano tuttora tra romanisti e civilisti sul concetto di buona fede, sui suoi caratteri e i suoi limiti. Ma lasciando da parte le varie questioni, compresa quella se la buona fede debba riassumersi in un concetto etico, oppure in un concetto psicologico (nel primo si avrebbe riguardo all'onestà, al contegno, alla correttezza morale del soggetto, nel secondo alla sua scienza o ignoranza) è da rilevare, per quanto riguarda gli effetti pratici, che **negli scrittori di diritto comune** (influenzati dalle dottrine canoniche in parte divergenti dal diritto romano) è prevalente l'opinione che non ritiene sufficiente, a porre in buona fede, l'erronea rappresentazione della realtà (e, quindi, la semplice ignoranza) ma che occorre siasi usata una certa diligenza per raggiungere, pur senza riuscirci, l'esatta notizia delle cose e, quindi, raffigura la buona fede come il risultato negativo dell'attività intellettuale esercitata per conoscere il vero, escludendola tutte le volte in cui il risultato avrebbe potuto essere convertito da negativo in positivo mediante uno sforzo maggiore. Il Windscheid (Pandette, pag. 178) così ragiona nella estensione alla buona fede della regola della scusabilità: "Quel che di più importante è da dire intorno alla fede è che essa non può sorgere in base ad una opinione concepita alla leggera. Ciò si può esprimere così: l'errore sul quale si fonda, deve essere un errore scusabile".

**La legge sammarinese quando, dopo aver accennato allo stato di buona fede del terzo, aggiunge: "e cioè di non di aver sfruttato a proprio vantaggio il dissesto dell'altro contraente" afferma, sia pure indirettamente che non è sufficiente la sola ignoranza del dissesto, ma occorre che sia stata posta in essere una qualche diligenza per conoscere se esso dissesto esistesse o meno.** Del resto la buona fede subiettiva è riposta nei più intimi penetrali della mente, è difficile ad investigare ed è facile a simularsi. **La sola buona fede oggettiva fondata sulla consueta diligenza e su dati di fatto o su circostanze esteriori (da valutarsi, caso per caso, dal giudicante) può essere presa in considerazione per annullare la presunzione di frode posta dalla legge.**

Non è contestato, e certamente non è contestabile, il fatto che nel periodo di tempo compreso tra il 20 maggio 1986 ed il 4 dicembre 1986, il signor Simoncini Giancarlo ha emesso in favore del convenuto Muscioni Silvano nr. 6 assegni, tratti sul proprio conto corrente nr. 2262 esistente presso la locale Cassa di Risparmio, per l'importo complessivo di lire 41.030.000=. Per contrastare l'instaurata azione revocatoria, la procura di parte convenuta può contare unicamente sulle insincere e collusive dichiarazioni emesse dal Simoncini nel corso dell'interrogatorio avvenuto l'11 gennaio 1990. Il Simoncini ha affermato: "Tra me ed il Muscioni sono intervenuti unicamente rapporti di amicizia. Nell'ambito di tali rapporti il Muscioni in contanti mi effettuò un

prestito a seguito del quale emisi in suo favore gli assegni di cui è causa. Il prestito mi venne fatto dal Muscioni a causa delle difficoltà in cui mi trovavo, in particolare per la mancanza di liquidità". Alla domanda del procuratore del convenuto: "se è vero che già da diversi anni il signor Muscioni Silvano, a titolo gratuito e di amicizia, le consegnava assegni bancari che lei incassava, ed in cambio consegnava al signor Muscioni Silvano suoi assegni con scadenze più lontane", il Simoncini ha risposto: "quanto mi viene richiesto corrisponde a verità o per lo meno in alcuni casi è accaduto", ed ha quindi aggiunto: "non ho rilasciato alcuna ricevuta della somma a me corrisposta dal signor Muscioni; tra il percepimento della somma datami dal Muscioni ed il rilascio degli assegni da parte mia, per quanto posso ricordare, è trascorso circa un mese. Dato il rapporto di amicizia non ho mai corrisposto interessi al Muscioni".

Affermazioni ben più veritiere e meno interessate il Simoncini ha reso in data 8 maggio 1987 per iscritto e confermate nella stessa data avanti al Commissario della Legge, con dichiarazione posta agli atti della procedura di liquidazione dei beni d'apprima e di giudiziale concorso poi: "negli ultimi tempi, non potendo più far ricorso al credito bancario, sono stato costretto a procurarmi il denaro presso persone che me lo hanno prestato ad usura; in presenza di tali circostanze, le condizioni finanziarie mie personali e della mia attività sono precipitate nel corso di pochi mesi. Da ultimo, nel gennaio 1987, dovendo provvedere alla restituzione del denaro che mi era stato prestato ad usura, pressato da gravi minacce all'incolumità mia e dei miei familiari, onde procurarmi il denaro necessario, ho deciso di cedere l'affitto del magazzino di Dogana e vendere la merce che in esso era contenuta".

Tutto ciò è già più che sufficiente ad escludere la buona fede oggettiva del convenuto Muscioni Silvano. La completa malafede del convenuto è ulteriormente dimostrata dagli elementi seguenti:

- 1) il convenuto non ha mai avuto rapporti commerciali con il Simoncini;
- 2) il rapporto di amicizia con il Simoncini e la stessa richiesta di prestiti, in contanti o tramite lo scambio di assegni, convincono pienamente che il Muscioni non poteva ignorare l'imminente stato di dissesto del Simoncini;
- 3) l'asserito, mancato rilascio di ricevuta delle somme da parte del Simoncini non è credibile; se ciò è ammissibile nel caso di prestito di somma di esigua entità effettuato tra persone amiche, ciò è inconcepibile nel caso in cui le somme mutate raggiungono e superano il limite dei quaranta milioni di lire;
- 4) non sono stati prodotti in atti gli assegni rilasciati dal Muscioni al Simoncini; sarebbe in vero interessante poter comparare gli importi con quelli degli assegni rilasciati al Muscioni dal Simoncini per poter verificare l'eventuale tasso di interesse corrisposto;
- 5) l'autofinanziamento, mediante il compiacente e fraudolento cambio di assegni, è il più chiaro sintomo che il ricorso al credito bancario non è più possibile, sia perché il debitore ha superato gli affidamenti a lui concessi, sia perché gli istituti bancari non gli accordano più alcuna fiducia;
- 6) si rammenti infine che l'assegno bancario, a differenza della cambiale, è un tipico strumento di pagamento, ma non di credito.

In base alle premesse considerazioni, deve dichiararsi inefficace per frode presunta il versamento della complessiva somma di lire 41.030.000= effettuato dal Simoncini Giancarlo in favore del convenuto Muscioni Silvano. Di conseguenza il convenuto stesso deve essere condannato alla restituzione della predetta somma in favore dell'attore



concorso giudiziale dei creditori di Simoncini Giancarlo in proprio e quale titolare della Ditta DAS.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a totale carico della parte convenuta.

## 19.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 26 marzo 1991.

S.p.a. D.H.J. Industries (Avv. R. Bonelli) : S.A. Ascot (Avv. M. Nicolini) – Causa n. 12, anno 1990.

**Documento – Efficacia probatoria – Teste unico – Credibilità – “Exceptio non adimpleti contractus” o “non rite impleti contractus” – Eccezione dilatoria – Interessi moratori.**

*La fattura, da sola, non prova le somministrazioni che in essa vengono annotate dal produttore.*

*I Libri e i registri di commercio, vidimati e regolarmente tenuti, forniscono una semiprova, che deve essere confermata da altre risultanze probatorie.*

*La massima “unus testis, nullus testis” non riceve assoluta applicazione nel diritto sammarinese.*

*Nell’adempimenti di una obbligazione il creditore non può essere costretto ad accettare una prestazione diversa da quella dovutagli.*

*“L’exceptio non adimpleti contractus” o anche “non rite impleti contractus” è eccezione di carattere dilatorio, paralizza quindi soltanto temporaneamente l’azione, deve decidersi unitamente al merito.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 11 gennaio 1990 la società per azioni D.H.J. Industries s.p.a. ha convenuto in giudizio la società anonima ASCOT in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, per sentirla condannare “al pagamento della complessiva somma di L. 10.914.806=, oltre interessi legali con decorrenza dalla scadenza indicata in fattura e congruo indennizzo a titolo di riconoscimento del deprezzamento monetario intervenuto nel periodo; con condanna al pagamento delle spese tutte di causa, onorari di avvocato compresi”.

Assumeva l’attrice di avere fornito alla convenuta, nel periodo maggio-luglio 1988, merce per il valore di L. 10.914.806= e che la convenuta non ha provveduto al pagamento della stessa.

Benché ritualmente notificato alla convenuta l’atto di citazione, questa non si costituiva all’udienza fissata. Nel corso del termine di prova a favore dell’attrice venivano ammessi documenti.

Successivamente venivano aperti i termini a favore della convenuta, ed i relativi decreti erano regolarmente notificati alla stessa.

In data 4 giugno 1990 si costituiva, a mezzo di procuratore, la convenuta, e, nel corso del termine di controprova induceva quale teste il signor De Mattia Daniele, che veniva escusso nel corso dell'udienza straordinaria del 25 ottobre 1990.

Nelle finali allegazioni in diritto la procura attrice ha così concluso: "l'istanza attrice merita accoglimento e quindi si chiede condannare la convenuta ASCOT s.a. al pagamento della somma di L. 10.914.80= con gli interessi legali dal luglio-settembre 1988, come convenuto nell'ordine, e con condanna al pagamento delle spese e onorari tutti di causa da liquidare come segue: [...] totale L. 1.195.000= oltre le successive occorrenze".

La procura convenuta ha, invece, chiesto: "1° respingersi l'istanza attrice perché infondata; 2° respingerla anche, in subordine, perché comunque si tratta di prodotti non conformi all'ordine, il tutto con vittoria delle spese che verranno liquidate in separata sede".

### DIRITTO

1. La procura convenuta, nelle finali allegazioni in diritto solleva alcune eccezioni in merito alla regolarità del giudizio, le quali devono essere esaminate in via preliminare.

Si afferma, in particolare, che non essendo stato notificato il decreto di apertura del primo termine probatorio alla convenuta non costituita, "tutto quanto è stato operato nel primo termine di prova è nullo", e che "la produzione effettuata il 23/4/1990 dall'avv. Bonelli è nulla poiché: o il decreto 3 aprile 1990 doveva essere notificato anche alla ASCOT e allora il termine non era ancora aperto il 23/4/1990, oppure se si vuole sostenere che essendo l'ASCOT contumace non doveva essere notificato il decreto alla stessa ASCOT e bastava la notifica all'avv. Bonelli è chiaro che dal 9 aprile 1990 al 23/4/90 era decorsa più di una udienza, per cui il primo termine di prova era scaduto allorché l'Avv. Bonelli ha prodotto i documenti di cui alla sua comparsa appunto 23/4/1990".

La procura convenuta, in definitiva, reclama, da un lato, la nullità di quanto è avvenuto nel corso del primo termine probatorio poiché il decreto di apertura dello stesso non è stato notificato alla convenuta; dall'altro, la non ammissibilità dei documenti prodotti dalla procura attrice, in quanto la produzione degli stessi sarebbe avvenuta fuori termine. Si deve rilevare, al riguardo, che **la legge 19 gennaio 1989 n. 5 divide il periodo probatorio in cinque termini: due termini probatori, a favore dell'attore, due termini reprobatori, a favore del convenuto ed un termine di controprova, comune ad entrambe le parti.** Ciò si evince dal n. 3 dell'art. 3 della citata legge il quale testualmente stabilisce che "i termini probatori possono essere unilateralmente rinunciati dalla parte attrice, quelli reprobatori unicamente dalla parte convenuta, mentre il termine di controprova può essere rinunciato solamente con la concorde volontà di tutte le parti in causa", sancendo il principio della disponibilità dei relativi termini in capo alla parte a favore della quale sono posti. Ne deriva che, essendo nella specie la parte convenuta contumace, e non risultando applicabile, di conseguenza, il disposto di cui all'art. 3 n. 5 - non essendo la parte convenuta ancora costituita in giudizio, sebbene ritualmente citata - il decreto di apertura del primo termine probatorio è stato regolarmente notificato solo alla procura attrice. I decreti di apertura dei termini reprobatori, a favore della parte

convenuta, per il disposto del n. 4 dell'art. 3 della legge n. 5 del 1989 - secondo cui "i termini di prova a disposizione della parte contumace non possono essere rinunciati dalla controparte costituitasi in causa" - sono invece stati notificati alla sola parte convenuta, mentre i decreti di apertura del termine di controprova e ad allegare sono stati notificati ad entrambe le parti. Non vi è, dunque, nullità di alcuna fase del presente giudizio.

Ed inoltre, con la costituzione in giudizio, avvenuta prima della apertura del termine di controprova, la procura convenuta ha sanato ogni eventuale vizio delle precedenti fasi istruttorie, avendo avuto la possibilità di opporre contro i documenti prodotti tutte le eccezioni del caso; tanto più che alla convenuta sono stati notificati i decreti di apertura dei termini a suo favore.

Nemmeno è rilevante la seconda eccezione sollevata dalla procura convenuta, secondo la quale la produzione dei documenti da parte della procura attrice sarebbe avvenuta dopo la scadenza del primo termine probatorio, e quindi non sarebbe valida l'ammissione degli stessi agli atti di causa.

Il decreto di apertura del primo termine probatorio - costituito da un unico giorno utile: art. 3 sub 1 della legge n. 5 del 1989 - è stato notificato alla procura attrice in data 9 aprile 1990; la produzione dei documenti e l'istanza di ammissione degli stessi è avvenuta all'udienza del 23 aprile 1990. Dal Calendario Giudiziario dell'anno 1990 risulta che nel periodo dal 10 al 22 aprile si è avuta la sospensione del termine per le ferie pasquali, onde il primo giorno utile successivo al 9 aprile 1990 è stato, appunto, il 23 aprile. Ne consegue dunque la regolarità della produzione ed ammissione dei documenti.

2. L'attrice, come detto, assume essere creditrice nei confronti della convenuta della somma di L. 10.914.800= per forniture di merci. Produce - per provare l'esistenza di detto credito - fattura e bolle di accompagnamento, nonché copia autentica di un "estratto dai Registri IVA vendite della ditta <<DHJ INDUSTRIES S.p.A.>>" che un notaio attesta essere "conformi alle corrispondenti parti di detto registro, debitamente numerato, bollato, vidimato il 14 marzo 1988 e regolarmente tenuto nelle forme di legge".

La convenuta non contesta il credito vantato dalla Attrice, ma lamenta l'esistenza di vizi nella merce fornita. Il teste ammesso, dipendente amministrativo della ASCOT s.a., conferma infatti il credito della attrice, ma sostiene la presenza di difetti nella merce non immediatamente riscontrabili, che hanno "comportato dei resi di merce da parte della nostra clientela con conseguente mancato introito, [...] a seguito di queste contestazioni abbiamo ritenuto di bloccare i pagamenti della merce". La procura convenuta, nelle finali allegazioni, ribadisce tale tesi, chiedendo respingersi l'istanza attrice in quanto sarebbe stato consegnato "prodotto non conforme all'ordine".

3. Nell'esaminare l'efficacia probatoria dei documenti prodotti dalla procura attrice deve essere fatto necessario richiamo ai principi consolidati dalla giurisprudenza sammarinese.

***In primis, la fattura, secondo il diritto sammarinese "da sola non può (ove non risulti la sua esplicita o anche tacita accettazione) provare le somministrazioni che in essa vengono segnate dal produttore" (Sentenza del Commissario della Legge in data 23 agosto 1937, Giur. Samm., 1963, fasc. 1, p. 63). Essa costituisce, peraltro, un indizio, una presunzione dell'esistenza del credito affermato, che tuttavia deve essere confermato da altre risultanze probatorie.***

In merito alla efficacia probatoria dei “libri e registri” di commercio in favore del commerciante, invece, occorre ricordare che vale il seguente principio: **“per le società, che hanno l’obbligo dei libri, questi possono fornire - ove siano stati vidimati [...] e tenuti regolarmente - una semiprova sia di fronte a commercianti sia di fronte a non commercianti (purché in relazione al commercio, la quale deve essere [...] completata o da giuramento o da testi o da altri elementi a norma delle norme probatorie”** (sentenza del Commissario della Legge in data 31 agosto 1965 in *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 288 s.).

Nella specie, tuttavia, non è stato esibito il libro, ma è stato prodotto un semplice estratto, fatto stragiudizialmente da un notaio, il quale attesta anche di avere constatato la regolare tenuta dei libri. Devesi al riguardo osservare che **“le attestazioni del notaio non soddisfano l’obbligo della esibizione [...] e possono valere solo come una testimonianza o una perizia parziale e stragiudiziale che l’autorità giudicante potrà tenere in conto di presunzione, di prova indiretta o complementare, ma non di prova piena e completa”** (Sentenza del Commissario della Legge in data 31 agosto 1965, Op. cit., p. 291).

Deve comunque essere rilevato che le risultanze dell’estratto autentico e delle fatture sono concordanti e risultano nella specie anche confermate dalla testimonianza del signor De Mattia Daniele, dipendente amministrativo della società convenuta, il quale, sotto il vincolo del giuramento, ha affermato che la società attrice è creditrice nei confronti della convenuta della somma di L. 10.914.806.

**La massima <<unus testis, nullus testis>> non riceve assoluta applicazione nel diritto sammarinese** (si vedano, in tal senso, le sentenze del Commissario della Legge in data 23 marzo 1926, in *Giur. Samm.*, 1926, p. 16 e in data 5 febbraio 1927, in *Giur. Samm.*, 1927, p. 10): “in via di principio la deposizione di un solo teste fornisce soltanto una prova semipiena ma in via di eccezione lo stesso diritto comune, qui vigente, acconsente al giudicante di fondare su di essa la sua decisione in vari casi e tra essi quando <<aliis admeniculis fulcietur>>, quando il teste <<deponat de facto proprio et veritas per alios haberes non postest>>” (sentenza del Commissario della Legge in data 8 gennaio 1936, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 107 s.). Tali assunti sono suffragati dalla autorità del RICHERI (*Universa civilis et criminalis Jurisprudencia*, Lib. IV, tit. XX, n. 726), il quale chiaramente afferma: “testi unico creditur si hic deponat de facto proprio et de negotio cuius ratione nihil sua intersit, uter ex litigatoribus vincat”. Nel caso in esame il teste De Mattia Daniele non appare sospetto, nè interessato alla controversia, depone su un fatto in cui è direttamente intervenuto e la sua deposizione non è incerta, ma esplicita e tassativa. Inoltre, è suffragata dai documenti prodotti in atti.

In definitiva, risulta provato il credito di L. 10.914.806= vantato dalla attrice nei confronti della convenuta.

4. La convenuta solleva - come detto - contestazione circa la presenza di vizi nella merce fornita, tali da renderla del tutto inidonea all’uso, e per questo motivo ha ritenuto di sospendere i pagamenti alla attrice.

**Trattasi di “exceptio non adimpleti contractus” o “non rite impleti contractus”, prevista da D. 19, 1, 13 § 8 (“offerri pretium ab emptorem debet, cum ex empto agitur: et ideo si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio. Venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit”) per la emptio-venditio, ed estesa successivamente a tutti i contratti sinallagmatici, con la quale “da ciascuno dei contraenti può essere opposta all’avversario che si faccia a domandargli la**

**controprestazione senza avere eseguito od almeno offerto la propria” ed è una semplice eccezione dilatoria** (sentenza del Commissario della Legge in data 10 maggio 1965, *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 272), **vale a dire una “eccezione che paralizza soltanto l’azione per un certo periodo di tempo o in talune circostanze ma in tempo successivo o in altre circostanze non potrebbe più essere opposta utilmente”** (Cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 11 gennaio 1991 nella causa civile n. 237 dell’anno 1988).

Secondo il diritto sammarinese **le eccezioni dilatorie vanno proposte <<in limine litis>>, prima della contestazione della lite** (v. T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed., riveduta e corretta dal Dott. F. Violi, San Marino, 1967, p. 57). Ed infatti deve essere proposta prima di ogni altra eccezione o difesa.

Tale eccezione non è stata tempestivamente sollevata dalla procura convenuta, la quale solo nelle allegazioni finali avanza contestazione sulla merce consegnata alla parte attrice. Inoltre, e *ad abundantiam*, non è stata fornita alcuna prova dei lamentati difetti della merce. E’ vero che il teste De Mattia Daniele afferma l’esistenza di tali vizi, ma tale testimonianza avrebbe dovuto essere suffragata da altri elementi probatori, che avrebbero dovuto fugare ogni dubbio circa l’esistenza, la rilevanza e l’entità dei difetti lamentati. Al contrario, agli atti di causa è stata allegata una lettera inviata dalla convenuta alla attrice in data 9 febbraio 1989 - posteriormente, quindi, alla consegna della fornitura - con la quale, senza sollevare alcuna contestazione sulla merce fornita, la convenuta richiede alla attrice di volerle accordare dilazioni di pagamento, adducendo di avere “attraversato un periodo di crisi di mercato come è noto nel settore, che ha considerevolmente limitato le nostre capacità di liquidità immediata”.

Deve, di conseguenza, essere respinta l’eccezione di inadempimento perché non sollevata tempestivamente dalla procura convenuta e perché non provata, ed essere pronunciata la condanna della stessa convenuta al pagamento, in favore della attrice, della somma di L. 10.914.806=.

5. L’attrice richiede, inoltre, gli interessi legali “dal luglio-settembre 1988, come convenuto nell’ordine”, posto che “come attestano le fatture prodotte [...] i pagamenti dovevano essere effettuati a 60 giorni dalle fatture e quindi entro il mese di settembre 1988”. **Trattasi, dunque, di interessi moratori che rappresentano, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, i danni derivanti dal ritardo nell’eseguirle** (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 191). **Secondo il diritto romano, e, successivamente, per il diritto comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica ex re, secondo il brocardo “dies interpellat pro homine”), negli altri casi quando il creditore abbia inutilmente chiesto l’adempimento, di modo che essa si verifica dalla “interpellatio”** (Cfr. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI).

Nella specie risulta dalle fatture che il pagamento avrebbe dovuto essere effettuato entro sessanta giorni dalla data delle fatture stesse (e quindi effettivamente nel periodo luglio-settembre 1988). E’ pure vero che l’importo complessivo risultante dalle fatture prodotte (pari a L. 16.524.701= è superiore a quanto richiesto dalla parte Attrice, onde è da presumere che la convenuta abbia provveduto ad eseguire pagamenti parziali, per cui sembra equo riconoscere gli interessi dalla data di scadenza dell’ultima fattura, vale a dire dall’11 settembre 1988.

6. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che si liquidano in L. 1.195.000=, vanno posti a carico della parte convenuta, perché soccombente.

## 20.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 2 aprile 1991.

Concorso giudiziale dei creditori di Simoncini Giancarlo (Avv. P.L. Bacciocchi) : De Biagi Silvano (Avv. L. Bacciocchi) – Causa n. 386, anno 1988<sup>74</sup>.

### **Cessione dei beni – Concorso dei creditori – Processo concorsuale unico.**

*La cessione dei beni da parte del debitore ed il concorso giudiziale dei creditori non sono due procedure separate e distinte, produttive quindi di effetti giuridici diversi. Il giudiziale concorso dei creditori consegue alla liquidazione generale dei beni del comune debitore, sia essa volontaria, per la spontanea cessione fattane dallo stesso debitore, sia essa coatta, in quanto aperta ad istanza dei creditori.*

---

## FATTO E DIRITTO

Con ricorso avanzato in data 30 marzo 1987 il signor Simoncini Giancarlo, in proprio e quale titolare della Ditta DAS, premesso di non essere più in grado di far fronte alle obbligazioni assunte con i propri creditori, dichiarò di cedere ai creditori stessi i beni di sua proprietà, con riserva di formulare eventualmente una proposta di concordato. Con decreto 7 aprile 1987 (registrato l'8 aprile 1987 N. 1110 Vol. 191 del Registro di formalità) il Commissario della Legge dichiarò aperto il giudizio di liquidazione dei beni di proprietà del signor Simoncini Giancarlo in proprio e quale titolare della Ditta DAS, conseguente alla cessione fattane dallo stesso debitore. Con successivo decreto 13 aprile 1987 il rag. Casali Gian Enrico venne nominato curatore della procedura di liquidazione dei beni. Preso atto della relazione redatta in data 27 novembre 1987 con la quale il curatore rag. Casali, rilevato che l'attivo ammontava a lire 30.355.000= ed il passivo a lire 600.815.000=, concluse che qualsiasi proposta di concordato era chiaramente inattuabile, con decreto 3 febbraio 1988 (registrato il 4 febbraio 1988 al N. 461 Vol. 195 del Registro di formalità) venne dichiarato aperto, ad ogni effetto di legge, il giudiziale concorso dei creditori del signor Simoncini Giancarlo, in proprio e quale titolare della Ditta DAS.

Con decreto 9 novembre 1988 il curatore del concorso rag. Casali venne autorizzato ad esperire azione revocatoria nei confronti del signor De Biagi Silvano, il quale circa due mesi prima della data di apertura della procedura di cessione dei beni, aveva acquistato dal Simoncini una rilevante quantità di merce e di attrezzature per la complessiva somma di lire 144.500.000=. Pertanto il curatore del concorso, con atto di citazione 17

---

<sup>74</sup> Confermata con la decisione di secondo grado del 28 aprile 1993; vedi Parte seconda, Sezione seconda - Decisioni di secondo grado, n. 18.

novembre 1988, convenne avanti a questo Tribunale il signor De Biagi Silvano per sentire dichiarare inefficace, e quindi priva di effetto giuridico, la vendita di merce effettuata in suo favore dal Simoncini per il predetto importo, in quanto posta in essere in frode alle ragioni della massa creditoria. Il convenuto, costituitosi in giudizio a mezzo di procuratore, richiese che l'istanza attrice fosse respinta in quanto infondata. Il giudizio si svolse regolarmente con l'ammissione di documenti, prodotti dalla parte attrice, e con l'espletamento dell'interrogatorio a chiarimento del convenuto De Biagi Silvano, nell'udienza del 22 marzo 1990, richiesto dalla stessa parte convenuta ed altrettanto regolarmente si concluse con il deposito delle finali allegazioni, con le quali i procuratori delle parti in causa validamente sostengono le rispettive tesi, ovviamente opposte.

Eccepisce in primo luogo, il procuratore del convenuto che l'alienazione di merce ed attrezzature, stipulata dal Simoncini e dal De Biagi il 20 gennaio 1987, non può essere compresa nel periodo dalla legge definito "sospetto" poiché il concorso dei creditori del Simoncini è stato aperto con decreto 3 febbraio 1988. Nessuna giuridica influenza può essere attribuita al fatto che la procedura di cessione dei beni è iniziata con precedente decreto 7 aprile 1987. Sostiene, in buona sostanza, il procuratore del convenuto che cessione dei beni e concorso dei creditori sarebbero due procedure concorsuali separate e distinte, produttive quindi di diversi effetti giuridici.

L'eccezione è destituita di qualsiasi giuridico fondamento.

Per diritto sammarinese, il giudiziale concorso dei creditori consegue alla liquidazione generale dei beni del comune debitore, sia essa volontaria, per la spontanea cessione fattane dallo stesso debitore, sia essa coatta, in quanto aperta ad istanza dei creditori.

Scrisse il Giannini nella prima edizione (Firenze 1901, pag. 142) del Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese: "Il procedimento concorsuale, lasciato alla mercè della consuetudine, non essendosi più trovata traccia di un Regolamento che figura compilato nel 1774 da tre giureconsulti della Repubblica, né d'altra parte essendosi mai proceduto a compilare il nuovo Regolamento annunciato formalmente dalla legge 16 marzo 1854 presta, a dir vero, il fianco a qualche censura ... Ricordiamo alcuni principi del diritto romano moderno relativi alla cessione dei beni, introdotta dalla legge Giulia ... Conseguenza immediata della cessione è che i beni ceduti non possono più formare oggetto di alcuna altra azione reale, conservatoria o esecutiva, da parte di chicchessia. La massa dei creditori è amministrata da un curator bonorum, nominato dal Giudice o dai creditori, il quale ha i doveri tutti di un amministratore, e specialmente quelli di procedere all'inventario, di completare l'attivo del compendio, di curarne la conservazione temporanea e le rendite, di sperimentare l'azione Pauliana, o quella di nullità per le operazioni fatte in frode ai creditori e infine di rendere il conto".

A mia volta scrissi nella seconda edizione riveduta ed accresciuta (San Marino, 1967, pag. 130) dello stesso Sommario di Procedura Civile: "Non è qui possibile delineare il complesso e vario sviluppo storico-giuridico dell'istituto fallimentare nel diritto comune e nella legislazione statutaria delle città italiane, ma non può disconoscersi che il fallimento ha la sua prima e diretta origine proprio nel procedimento concorsuale come procedimento di esecuzione collettiva, diretto ad attuare ope iudicis e nel rispetto della par condicio creditorum, la soddisfazione delle diverse categorie di creditori sul patrimonio del comune debitore insolvente". Il iudicium concursus "quo omnes unius debitoris creditores simul concurrunt, de iuribus suis simul experturi, ita iudex una sententia complectatur quae ad singulos creditores pertinent", ha la stessa funzione propria dell'odierna procedura fallimentare italiana. Tra i due istituti non esiste alcuna

sostanziale diversità. Tanto il concorso (denominazione derivata dal diritto romano) sammarinese quanto il fallimento (denominazione derivata dal latino fallere e già usata dai commercialisti dell'ultimo periodo del diritto comune) italiano hanno comune origine, quanto alla procedura collettiva sui beni del debitore, nella *missio in bona* e nella *cessio bonorum* del diritto romano, e, quanto alle altre regole (moratoria, concordato, inventario, nomina del curatore, verifica dei crediti, presunzioni di frode ecc.) nelle norme formulate dalle curie mercantili romane. Anche la diversa denominazione non ha giuridica influenza. Con la parola "fallimento" si indica il fatto giuridico considerato nel suo aspetto esteriore, mentre con la espressione "concorso tra i creditori" si indica lo stesso fatto giuridico considerato nel suo contenuto: tanto è vero che la legge italiana dichiara che "il fallimento apre il concorso dei creditori".

*La fattispecie, affatto singolare, e l'eccezione sollevata dalla parte convenuta, offrono l'occasione e giustificano pienamente di tracciare un sintetico quadro storico-giuridico dell'istituto di cui si tratta.*

*Ai fini della esposizione occorre prendere le mosse dal diritto romano, al momento in cui, senza alcun dubbio, l'esecuzione reale è stata introdotta. Per diritto pretorio, e precisamente per opera del Pretore Publio Rutilio, si introdusse una procedura straordinaria ed estranea all'antico diritto, la "missio in possessionem rei servandae causa". Con decreto il Pretore, ad istanza di uno o più creditori di colui che non soddisfaceva alle proprie obbligazioni, immetteva i creditori nel possesso dei beni del debitore, affinché i beni stessi venissero venduti ed il prezzo ricavato venisse distribuito tra i creditori "pro rata" fino alla concorrenza dei crediti. Questo decreto non estingueva i debiti che fino alla concorrenza di quanto dai creditori fosse conseguito, non escludeva l'esecuzione personale ed una nuova immissione nella totalità dei beni che, dopo l'avvenuta immissione, il debitore conseguisse, produceva l'infamia del debitore.*

*Accanto a questa immissione dei creditori, a loro richiesta, nel possesso dei beni del debitore, venne introdotta una immissione dei creditori nel possesso dei beni del debitore, sulla richiesta di colui che dichiarasse l'impossibilità di soddisfare alle proprie obbligazioni, una bonorum cessio che produceva gli stessi effetti della missio in possessionem, per ciò che concerneva i rapporti tra creditori e debitore e fra creditori, temperati gli effetti che dalla missio in possessionem si originavano per quanto concerneva la persona dell'insolvente.*

*La Lex Julia (è incerto se sia da attribuirsi a Cesare o ad Augusto) riconobbe al debitore insolvente il diritto di cedere i suoi beni ai creditori, al fine di sfuggire all'esecuzione personale ed all'infamia, nonché al fine di trattenere su quanto egli venisse ad acquistare posteriormente alla cessione quanto gli fosse necessario per vivere.*

*I beni dapprima venivano venduti in massa, ma poi, sotto gli imperatori, venne nominato un curatore il quale amministrava i beni e li vendeva separatamente (bonorum distractio) per poi spartirne il prezzo, secondo la classificazione fatta dal magistrato, tra i creditori che avevano insinuato e provato regolarmente i loro crediti.*

*Nel diritto giustiniano alla cessione dei beni sono dedicati due titoli: il titolo 3, Libro 42, del Digesto, De cessione bonorum, e il titolo 71, libro 7 del Codice, Qui bonis cedere possunt. Relativamente alle forme, la cessione poteva avvenire in giudizio o fuori di giudizio, essendo la sola dichiarazione di volontà sufficiente ad operare a cessione. Anche la cessione fatta soltanto ad alcuni creditori era efficace verso tutti gli altri*



*creditori del cedente. Il debitore doveva cedere tutti i suoi beni, nulla potendo ritenere per sé, e non solo i beni che attualmente erano a sua disposizione, ma anche gli altri che dovevano a lui pervenire in seguito ad un diritto già perfetto, come se gli fosse dovuto qualche cosa sotto condizione. Per effetto della cessione, il debitore non perdeva i propri diritti che con la vendita dei beni ceduti: fino a questo momento poteva recuperarli se era in grado di provvedere al pagamento dei creditori, poteva disporre dei beni stessi, salvo ai creditori l'esercizio dell'azione pauliana.*

*In diritto comune, la cessione non poteva, come per il diritto giustiniano avvenire privatamente; doveva essere fatta in giudizio personalmente dal debitore avanti al magistrato, al quale doveva presentare lo stato attivo del suo patrimonio.*

*Per la cessione "salva onestà" il debitore continuava, come per diritto giustiniano a rimanere obbligato verso i creditori per quanto i creditori stessi non avessero potuto ottenere sul prezzo dei beni venduti, ma per la cessione "ignominiosa" il debitore restava completamente liberato. Per la distribuzione tra i creditori del prezzo ricavato dai beni dell'insolvente si applicavano le norme del diritto romano, che con le modificazioni introdotte dal tempo e dalla pratica dei vari luoghi formarono la speciale procedura del concorso dei creditori.*

*Alla condificazione tutte le legislazioni vigenti in Italia ammisero la cessione dei beni. Questo istituto fu introdotto e regolato dal codice napoleonico, dal regolamento generale del processo civile austriaco, dai codici civili delle Due Sicilie, parmense, albertino, estense, dal regolamento giudiziario dello Stato Pontificio. Per queste legislazioni la cessione dei beni era un atto con il quale il debitore dimetteva tutti i suoi beni ai creditori quando non era più in grado di pagare i propri debiti.*

*Se il tribunale ammetteva il debitore alla cessione, dichiarava con sentenza che si faceva luogo al concorso universale dei creditori, ordinava che il debitore fosse posto in libertà, ove fosse arrestato, e delegava un giudice per tutto ciò che era relativo al concorso. La sentenza che ammetteva o rigettava la cessione era eseguibile, non ostante appello, ed era vietato ai tribunali superiori di accordare la inibizione.*

*In particolare, il Regolamento Legislativo e Giudiziario per gli Affari Civili emanato da Papa Gregorio XVI, con Motu Proprio del 10 novembre 1834 disponeva:*

*1°) al paragr. 1491: "Se il tribunale ammette il debitore alla cessione dei beni, dichiarerà con la stessa sentenza che si è fatto luogo al concorso universale dei creditori";*

*2°) al paragr. 1498: "Vi è luogo al concorso universale dei creditori: se viene ammessa la cessione dei beni; se uno o più creditori, o se lo stesso debitore, ne dimandano la convocazione".*

*In Italia, iniziato il lavoro per l'unificazione legislativa del diritto civile, con il progetto di revisione del codice civile albertino nei progetti Miglietti e Pisanelli l'istituto della cessione dei beni non fu compreso, e tale omissione nella Relazione Pisanelli è così giustificata:*

*"La cessione dei beni fu introdotta nel diritto romano quale mezzo dato al debitore per liberarsi dalle molestie dei creditori e specialmente dal carcere. Nei paesi dove fu in vigore quel diritto la cessione dei beni si distinse in volontaria e giudiziale, in cessione ignominiosa e salva onestà. La cessione ignominiosa era una recrudescenza delle barbarie contro i principi dell'umanità. Nei giudizi di concorso, che facevano seguito alla cessione dei beni, una parte notevole dell'attivo era assorbita dalle spese processuali e di amministrazione: tali giudizi, pel tempo richiesto al loro compimento e*

*per lo sperpero del patrimonio del debitore, che ne era la ordinaria conseguenza, costituivano una anomalia legislativa”.*

*Il prof. Leone Bolaffio dell'Università di Bologna, estensore e relatore della legge 15 novembre 1917 sulla cessione dei beni ai creditori, sul concordato e sul concorso dei creditori, nella relazione (edita in Giur. Samm., 1964, pag. 248) affermò:*

*“La cessione dei beni ai propri creditori da parte del debitore è l'unico processo concorsuale nella Repubblica, affidato però esclusivamente a procedimenti consuetudinari ... Non si è però inteso di trapiantare nel piccolo Stato, che vive da secoli secondo proprie tradizioni giuridiche, norme radicalmente innovatrici. Si sono legiferate le norme processuali consuetudinarie, sicuramente accertate, integrandole e rinvigorendole con sanzioni che ne garantiscono il rispetto ... va qui notato che la liquidazione unica e generale non si attua soltanto in conseguenza della spontanea offerta della cessione dei propri beni da parte del debitore, ma in altri due casi, e precisamente: quando un creditore la chieda, se il suo debitore insolvente ha altri creditori concorrenti nella esecuzione; e quando, a sua volta, il debitore sottoposto ad esecuzioni individuali, la domandi per pareggiare la condizione dei propri creditori ed aprirsi la via ad un eventuale concordato”.*

*Un'ultima, ma non per questo meno importante, considerazione. Se così non fosse, se al contrario le cose stessero come presume il procuratore di parte convenuta, sarebbe possibile al debitore perpetrare una magistrale truffa: alienare, anche fittiziamente, o comunque occultare, i beni di maggior pregio e valore, proporre la cessione di quanto resta, illudere i creditori con una inaccettabile proposta di concordato, procrastinandola fino a far trascorrere il periodo sospetto, e quindi infine provocare la dichiarazione di concorso, escludendo così la proponibilità di azioni revocatorie. Ma la legge saggiamente non può consentire che il truffatore ed i suoi complici godano impunemente dei frutti di un misfatto.*

*L'art. 3 ultimo comma della Legge concorsuale 15 novembre 1917 nr. 17 dispone: “Ogni alienazione gratuita od onerosa dei beni ceduti posteriore all'apertura del concorso è nulla di pieno diritto: e, se anteriore di un anno, è pure nulla l'alienazione gratuita: e, se onerosa, è inefficace per frode presunta ove danneggi le ragioni dei creditori, a meno che il terzo non provi la sua buona fede e cioè di non aver sfruttato a proprio vantaggio il dissesto dell'altro contraente”.*

**E' quindi compito della parte attrice provare, allo scopo di far richiamo alla presunzione di frode:**

**1) vi è stata una “alienazione”;**

**2) essa è avvenuta non oltre un anno dall'apertura della procedura di liquidazione generale dei beni (per quelle avvenute oltre l'anno occorre fare richiamo, se del caso, all'azione pauliana);**

**3) l'atto contestato arreca danno alla massa dei creditori.**

Nel caso attuale esistono i voluti estremi.

Come si è detto, la vendita è avvenuta in data 20 gennaio 1987 e quindi nell'imminenza dell'apertura della procedura concorsuale disposta con decreto 7 aprile 1987. Il Simoncini ha venduto al De Biagi pressochè la totalità delle merci ed attrezzature migliori a quella data in suo possesso, trattenendo unicamente i generi alimentari più deperibili o già deteriorati, dalla vendita dei quali il curatore della procedura ha poi riscosso la modesta somma di circa lire 30.000.000=. L'alienazione pertanto ha impegnato la quasi totalità dell'attivo esistente e perciò danneggia gravemente la massa

dei creditori. Il convenuto De Biagi Silvano, per escludere la presunzione di frode, doveva dimostrare la sua buona fede e cioè che non aveva conoscenza del dissesto economico del debitore e della cessazione dei pagamenti e che, di conseguenza, non poteva avere l'intento di danneggiare la massa dei creditori o di crearsi una posizione privilegiata in pregiudizio dei creditori medesimi.

Il Prof. Bolazio, nella citata Relazione alla Legge Concorsuale, partendo dal presupposto che il periodo sospetto, anteriore alla dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione generale dei beni, imprime alla consapevolezza della cessazione dei pagamenti un carattere peculiare di odiosità (nel senso giuridico) autorevolmente affermò: "Dove esiste il fallimento, il periodo sospetto riguardo a certi atti, compiuti nel medesimo dal debitore, si fa decorrere dal verificarsi di determinati avvenimenti, in modo speciale dalla cessazione dei pagamenti e cioè dal loro inadempimento. Ma in un giudizio esteso a tutti i cittadini, siano o no commercianti, i quali, di regola, fanno debiti senza scadenza perentoria, parve miglior consiglio, seguendo una tendenza dottrinale che finirà per prevalere, di fissare legislativamente il periodo critico o sospetto; e lo si determinò all'anno anteriore all'apertura del giudizio. Se in questo periodo il debitore compie liberalità inadeguate all'entità del suo patrimonio, esse sono senz'altro nulle, perché offendono le ragioni dei creditori: *nemo liberalis, nisi liberatus*. Se invece fa atti onerosi che pregiudicano queste ragioni, essi si presumono fraudolenti e quindi inefficaci per i creditori, a meno che il terzo, contraente o creditore, non provi la sua buona fede, e cioè di non aver sfruttato a proprio vantaggio il dissesto del debitore o dell'altro contraente. Tenuto conto delle esigenze del credito, per cui nella catastrofe finanziaria del debitore si tende a pareggiare le sorti di quanti ne corsero la fiducia personale, decisivo è l'apprezzamento di ogni elemento oggettivo e soggettivo da parte del magistrato".

Il convenuto De Biagi Silvano non è stato in grado, e chiaramente non poteva essere in grado, di provare la propria buona fede.

Si consideri in particolare:

- 1) nel mese di gennaio in cui è avvenuta la vendita e nei mesi precedenti, il nome del Simoncini compare ripetutamente nel "Pubblico Elenco dei Protesti", per un numero rilevante di assegni protestati di importo notevole;
- 2) il Simoncini ed il De Biagi svolgevano la stessa attività commerciale di vendita all'ingrosso di generi alimentari nella medesima località, in magazzini vicinissimi tra di loro, praticamente porta a porta, e ciò esclude nel modo più clamoroso che il De Biagi potesse ignorare le dissestate condizioni del commerciante suo concorrente;
- 3) in precedenza nessun rapporto commerciale era mai intervenuto tra venditore ed acquirente;
- 4) nel corso dei giudiziali interrogatori avvenuti l'8 maggio 1987 ed il 18 luglio 1989 (posti agli atti della procedura di liquidazione dei beni) il Simoncini ha confessato: nel primo: "a causa della concorrenza spietata, ed a volte anche sleale, di altri grossisti, ho trovato grossissime difficoltà nella vendita delle merci che avevo acquistato. Preoccupato per l'avvicinarsi delle scadenze, entro le quali avrei dovuto provvedere al pagamento dei fornitori, ho allora iniziato a vendere a prezzi addirittura inferiori a quelli di costo, al fine di potermi così procurare il denaro necessario per far fronte alle richieste dei creditori che si facevano ogni giorno più pressanti.... Da ultimo, nel gennaio 1987, dovendo provvedere alla restituzione del denaro che mi era stato prestato ad usura, pressato da gravi minacce all'incolumità mia e dei miei familiari, onde procurarmi il

denaro necessario, ho deciso di cedere l'affitto del magazzino di Dogana e di vendere la merce che in esso era contenuta, trovando un acquirente nel signor De Biagi Silvano, col quale mai ho avuto rapporti commerciali diversi da questo.... Debbo precisare che il De Biagi non è e non è mai stato mio socio, né nell'attività di grossista alimentare, né in altre attività. Dopo questa operazione, non disponendo ormai più di alcun mezzo finanziario ed essendo continuamente ricercato dai creditori, ho di fatto chiuso l'attività e circa due mesi dopo mi sono rivolto a questo Tribunale per la cessione dei beni”;

nel secondo il Simoncini dichiara: “Di aver venduto merce al signor De Biagi Silvano per un prezzo inferiore al complessivo valore della merce stessa.... Rispetto all'importo della merce indicato nelle bolle di lire 144.500.000= il signor Simoncini dichiara di aver ricevuto dal signor De Biagi la somma di circa 70.000.000=.... La corresponsione della somma di lire 144.500.000= mediante assegni e la restituzione della somma di circa lire 75.000.000= venne effettuata per dimostrare l'effettiva entità della vendita così come risultava dalle bolle di consegna della merce; il De Biagi assumeva anche il contratto di affitto del magazzino e provvedeva quindi al pagamento del canone di locazione relativo al periodo di tempo in cui prendeva possesso dell'immobile”;

5) il 20 gennaio 1987, presso l'Agenzia Centrale nr. 1 della locale Cassa di Risparmio, il De Biagi emise in favore del Simoncini l'assegno nr. 3518531 per lire 70.000.000= tratto sul conto corrente nr. 1/8747; interessante è notare che su detto assegno l'operazione bancaria è contraddistinta con il nr. 4590 poiché con operazione immediatamente successiva recante il nr. 4615 il De Biagi trasse sul conto corrente nr. 5145 l'assegno nr. 4826385 per lire 74.500.856= che contestualmente, con l'aggiunta presumibilmente di denaro contante, venne trasformato in due assegni circolari (rispettivamente dell'importo di lire 45.000.000= e di lire 30.000.000=) subito versati ed accreditati nel medesimo conto corrente nr. 5145;

6) è pertanto palesamente falsa l'affermazione resa dal De Biagi nel corso del giudiziale interrogatorio del 22 marzo 1990: “Non essendo al momento disponibile il totale della cifra per saldare il Simoncini Giancarlo posso avere effettuato versamenti in contanti su detti conti, preciso comunque di non ricordare con certezza”, per la semplice ragione che il conto corrente nr. 5145 godeva di un fido di lire 80.000.000=, ampiamente utilizzabile dal titolare correntista alla data del 20 gennaio 1987.

Può infine unicamente aggiungersi che anche nel caso in cui, anziché la speciale azione revocatoria concorsuale, fosse stata da esperire l'ordinaria azione pauliana, l'azione stessa era pienamente da accogliere in quanto con ogni evidenza sussistono i prescritti estremi del “consilium fraudis” e “dell'eventus damni”.

In base alle premesse considerazioni, deve dichiararsi nulla ed inefficace per frode accertata l'alienazione di merce effettuata dal Simoncini in data 20 gennaio 1987 in favore del De Biagi per la somma di lire 144.500.000=. Di conseguenza il convenuto De Biagi Silvano deve essere condannato al pagamento della predetta somma in favore dell'attore concorso giudiziale dei creditori di Simoncini Giancarlo in proprio e quale titolare della Ditta DAS.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a totale carico della parte convenuta.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 3 aprile 1991.

S.n.c. F.lli Pedroni e Pedroni Vincenzo (Avv. G. Belluzzi) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv.ti L. Daniele e G.B. Busignani) ; S.p.a. Assicurazioni Generali, intervenuta in causa (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 282, anno 1986.

### **Strade pubbliche – Obbligo di manutenzione.**

*L'Ecc.ma Camera è l'ente proprietario delle strade pubbliche situate nel territorio dello Stato.*

*L'obbligo di manutenzione delle strade incombe in forma soltanto strumentale sull'Azienda Autonoma di Stato di Produzione ma il vero responsabile, principale e diretto, è e resta l'Ecc.ma Camera.*

---

(omissis)

## **22.**

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 3 aprile 1991.

Ferrigni Maria (Avv. G. Micheloni) : Iacobucci Antonio, Sangiovananni Angelo, S.p.a. Lloyd Assicurazioni (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 282, anno 1987.

### **Responsabilità civile aquiliana – Provvisoriale liquidata in sede penale – Titolo esecutivo – Contraddittorio – Violazione – Nullità – Responsabilità solidale per fatto illecito del conducente e del proprietario di autoveicolo – Danno risarcibile.**

*La provvisoriale, liquidata dal Magistrato penale, è da per sé titolo esecutivo, di essa non può essere, in sede civile, chiesta la condanna, bensì soltanto l'esecuzione in forma specifica.*

*L'effetto della violazione del principio del contraddittorio è la nullità del procedimento nella sua interezza o di una sua fase.*

*Sussiste colpa aquiliana quando un soggetto non usi tutte le precauzioni necessarie ad evitare un danno ad altri.*

*La colpa determina l'obbligo di risarcire il danneggiato di ogni diminuzione patrimoniale subita in seguito o per occasione del fatto illecito.*

---

## **FATTO**

Con istanza del 15 luglio 1988 l'attrice ha chiamato in giudizio i convenuti, per sentirli "condannare solidalmente al pagamento della somma di £.8.000.000=, liquidata quale provvisoriale in sentenza commissariale del 6 luglio 1987, oltre alle spese ed onorari per

costituzione di parte civile che si indicano in £. 3.408.000=, oltre alle spese del presente giudizio, agli interessi dalla data della sentenza penale al saldo e sua rivalutazione su indici Istat. Salva e riservata ogni altra istanza tendente al risarcimento del danno totale che si quantificherà in corso di giudizio su basi peritali in corso”.

Assume infatti l’attrice che, viaggiando in una autocorriera, che si ribaltava in curva, si è vista coinvolta in un incidente a seguito del quale é stata ricoverata nel locale Ospedale di Stato, ove le é stato riscontrato “un trauma chiuso dell’addome, con rottura della milza, disinserzione di ampio tratto di meso tenue per la presenza di un ansa disinserita dal suo mezzo e una frattura scomposta del polso sinistro”.

Assume altresì l’attrice che, dimessa dall’ospedale e rientrata a casa, ha dovuto protrarre le cure per una durata di mesi sei, senza rientrare nel pieno della sua salute, costretta ad una rigida dieta, avvertendo dolori che gli impediscono qualsiasi attività lavorativa, lamentando un danno alla salute tale da menomare la sua integrità psicologica, con “rilevanza, biologica, sociale, culturale ed estetica”.

Risulta dagli atti di causa che detta autocorriera era di proprietà del Sig. Angelo Sangiovanni, assicurato con la s.p.a. Lloyd Adriatico, ma condotto dal Sig. Antonio Iacobucci. Il rovesciamento si è verificato per colposa condotta dell’autista, ed è avvenuto il 23 agosto 1986, in località denominata Freschi, in Via Quattro Giugno, a Serravalle.

Risulta inoltre che a cagione dell’incidente ne è seguito processo penale, iscritto al n.1037/1986 di repertorio, nel quale il convenuto Sig. Antonio Iacobucci, in primo e secondo grado, è stato riconosciuto responsabile delle lesioni riportate dalla attrice, liquidandosi a suo carico e in favore della attrice una provvigionale di £.8.000.000=, già pagata in corso di causa, oltre alle spese di costituzione di parte civile.

Riprodotta la citazione nell’interesse dell’attrice, si sono regolarmente costituite le parti convenute, chiedendo termine per rispondere ed eccepire.

Dopo l’apertura dei rituali termini di prova, sono stati ammessi documenti prodotti nell’interesse dell’attrice, con riserva di finale valutazione, nonché perizia per le constatazioni mediche del caso. Agli atti di causa è stato inoltre allegata copia del processo penale iscritto al n.1037/1986 di repertorio. Nell’interesse dei convenuti sono state sollevate eccezioni sul valore dei documenti prodotti - documenti di spesa, aggravamento della malattia, condizione di coltivatrice diretta -, facendo salve “deduzioni e valutazioni in sede di memorie conclusionali”.

Depositata la perizia e le memorie conclusionali in atti, entrambi i procuratori hanno chiesto fissarsi udienza per l’irrotulazione, per cui la causa è stata posta “pro servato” e trattenuta per la decisione.

Il procuratore dell’attrice nelle finali allegazioni in diritto ha concluso chiedendo di “condannarsi solidalmente i convenuti - Antonio Iacobucci - Angelo Sangiovanni - Lloyd Adriatico Assicurazioni - al pagamento per i titoli e le ragioni di cui alla parte motiva ed in favore della Sig.ra Ferrigni Maria, della complessiva somma di £.111.254.620= dalla quale già è stata detratta la provvigionale di £.8.000.000= pagata nel corso della causa civile e liquidata in sentenza penale 6 luglio 1987 - maggiorata degli interessi del 7% dalla data della citazione al saldo, nonché della complessiva somma di £.10.408.000= per spese ed onorari relativi ai procedimenti penali ed al presente giudizio” oltre gli onorari che si chiedono liquidarsi in complessive £.6.000.000=.

Il procuratore delle parti convenute ha così concluso: “1) respingersi la domanda di

liquidazione della provvisoria perché già liquidata ed esigibile per sentenza penale e già pagata; 2) respingersi, allo stato degli atti, ogni altra richiesta dell'attrice perché non fatta oggetto di istanza, non sottoposta a contraddittorio e, infine, non provata, specie allo scopo della quantificazione reale del danno; 3) condannarsi la attrice Ferrigni al pagamento delle spese ed onorari di causa anche peritali perché gli stessi sono riconducibili alla di lei condotta processuale, per una parte (liquidazione provvisoria già liquidata) improntata all'errore di azione non più esperibile - come si è dimostrato - per l'altra parte (risarcimento danno) in quanto omissiva del necessario contraddittorio e carente di deduzione dei necessari elementi probatori", con richiesta che gli onorari di causa siano liquidati nella somma complessiva di £.3.020.000=.

### DIRITTO

1) La procura dei convenuti solleva eccezioni diverse, tutte riprodotte nelle finali conclusioni, ma che non sempre possono ritenersi sufficientemente fondate.

Come è stato eccepito si deve certamente riconoscere che **la provvisoria, già liquidata dal Magistrato penale, è di per sé titolo esecutivo, del quale non può essere chiesta la condanna, bensì soltanto la semplice esecuzione in forma specifica.**

La procura dell'attore, che al momento della istanza non aveva ancora vista soddisfatta la provvisoria, però ha inizialmente chiesto che venisse dichiarato in sede civile il vincolo di solidarietà - "condannare solidalmente al pagamento" - della suddetta provvisoria anche agli altri due convenuti. Su tale richiesta il Magistrato penale non ha mai emesso pronuncia alcuna e tale domanda è sicuramente da ritenersi ammissibile per i suoi caratteri di accertamento. E, per questo non secondario aspetto che investe il valore del vincolo di responsabilità, la domanda è stata legittimamente proposta. Sarebbe poi superfluo attardarsi ad affermare che l'attrice vanta anche un interesse processuale - quale è quello richiesto dall'art. 1 del vigente Codice di Procedura Penale - ad ottenere una pronuncia di solidarietà degli altri due convenuti - proprietario del mezzo ed ente assicuratore -, che, su quanto è stato sicuramente riconosciuto dal Magistrato Penale, sia esteso ai debitori solidali.

Il problema di un tale accertamento non si è poi più posto, quando la parte convenuta nel suo interesse, o le altre parti, che potevano anche essere chiamate a rispondere solidalmente, hanno assolto alla pronuncia del Magistrato Penale nel corso della causa. La procura dell'attrice ne dà atto nelle finali conclusioni, chiedendone la detrazione del suo ammontare. Il tacito mandato, rilasciato al difensore dai tre convenuti su posizioni processuali, che sono diverse tra loro - responsabilità personale e responsabilità solidale - non consente di appiattire e livellare tutti i rapporti, che invece necessariamente distinguono le singole posizioni giuridiche dei convenuti, bensì di conoscerne la loro rispettiva rilevanza.

2) Eccepiscono poi i convenuti che la richiesta dell'attrice non è "fatta oggetto di istanza, non sottoposta a contraddittorio [...] specie allo scopo della quantificazione reale del danno". e poi ancora "omissiva del necessario contraddittorio e carente di deduzione dei necessari elementi probatori".

Secondo l'eccezione dei convenuti si dovrebbe ritenere, che l'istanza della attrice non ha presentato ed esposto gli elementi essenziali di causa. Conseguentemente tali elementi non sarebbero stati portati alla conoscenza dei convenuti mediante notifica, ledendo così le possibilità di difesa.

Si deve invece ritenere che l'istanza esponga sufficientemente i fatti richiamati a titolo di responsabilità dei convenuti e che dispiega, senza possibilità di equivoci, una richiesta di liquidazione di risarcimento di danni. Anzi sui fatti invoca addirittura il giudicato di una sentenza penale, che riconosce la responsabilità di un convenuto, la cui imprudente condotta, già valutata, ha cagionato il danno patito dalla attrice.

Come è già stato riportato nella superiore parte motiva in fatto, l'attrice, con l'istanza di citazione, ha testualmente affermato che le sue iniziali richieste erano presentate facendo "salva e riservata ogni altra istanza tendente al risarcimento del danno totale che si quantificherà in corso di giudizio su basi peritali in corso".

**3) E' insegnamento della giurisprudenza che in generale "la procedura civile sammarinese non sancisce speciali nullità. Queste esistono, per regola generale, solo quando vi sia stata violazione dei canoni fondamentali del diritto giudiziario"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 11 gennaio 1930 nella causa n.28, anno 1928, in Giurisprudenza Sammarinese, 1930, p.7a).

In materia di carenza di contraddittorio nel processo sammarinese **la giurisprudenza ha poi ritenuto che "in base al diritto comune esiste la nullità degli atti processuali quando il contraddittorio non é stato rispettato. E in questo caso la nullità si restringe al solo atto o alla sola parte del giudizio mancante di regolare contraddittorio"** (cfr.Sentenza del Commissario della Legge del 14 marzo 1935 nella causa n.91 anno 1934, in Giurisprudenza Sammarinese, 1935 e 1936, p.34).

Ma il processo sammarinese si ispira anche al principio della libertà delle forme Sulla vigenza del principio, peraltro tutta positiva, sembra necessario invocare il § 110 della rub.VI del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, per cui è stabilito "quod propterea libellus fieri non debeat solemnus, et si solemnus fuerit conceptus, vim habeat dumtaxat simplicis petitionis, neque dici possit ineptus ubi facti substantialia contineat, etiam in modum supplicationis" – "che perciò non si debba fare il libello solenne, e se sarà fatto solenne, abbia forza soltanto di semplice petizione, né si possa dire nullo, quando contenga la sostanza del fatto, anche in modo di supplica".

Potrà così ancora oggi insegnarsi che nel processo sammarinese **la forma della citazione "è lasciata in certa misura all'arbitrio dell'attore, bastando anche una qualsiasi istanza diretta al giudice perché chiami il convenuto. E' anzi valida una semplice supplica con la esposizione del piato, purché sempre sia contenuta in questa supplica la parte sostanziale di esso"** (Cfr. T.C. GIANNINI - F.VIROLI, Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, San Marino 1967, p.39).

Sotto il positivo imperio di questi principi non sembra possibile accogliere l'eccezione ed ammettere che la domanda di risarcimento del danno non é stata "fatta oggetto di istanza, non sottoposta a contraddittorio".

L'eccezione di carenza di contraddittorio potrebbe poi investire anche richieste istruttorie, non certamente riguardanti i documenti o la perizia, richieste avanzate nel pieno rispetto nei termini di prova, ma semmai - e solo per assurdo dato che la richiesta di ammissione è stata notificata all'avversa procura - sul valore degli atti del già celebrato processo penale.

La giurisprudenza però ancora una volta ha fugato ogni dubbio indicando il limite minimo sufficiente rispetto a tali formalità, perché ha ritenuto che "gli atti raccolti in istruttoria penale, in ispecie senza il contraddittorio dell'imputato, non fanno prova in sede civile, ma possono solo dar luogo a presunzioni" (cfr.Sentenza del Commissario della legge 4 marzo 1930 nella causa n.9 anno 1929, in Giurisprudenza Sammarinese,



1930, p. 8) .

Anche per tali richieste però il contraddittorio è da ritenersi formalmente rispettato: risulta dalla copia degli atti allegati, che alla fase istruttoria penale sono seguite tutte le formalità di una udienza dibattimentale, con pronuncia di sentenza di condanna in un procedimento in cui l'imputato, oggi convenuto in sede civile, ai fini del prescritto contraddittorio, sembra essere stato adeguatamente e anche convenientemente rappresentato.

Se infine con la sollevata eccezione si volesse poi affermare che non è stata sottoposta a discussione la sola cifra che rappresenta la somma richiesta dalla attrice per il risarcimento del danno, allora si dovrà considerare che esistono in atti tutti gli elementi concreti - referti, perizia, ecc. - per accertarla in maniera del tutto obbiettiva, secondo i criteri e la misura che la scienza e la giurisprudenza hanno già da tempo stabilito in materia di risarcimento dei danni derivante da lesioni. E anche su tali elementi il contraddittorio sembra essersi correttamente instaurato.

4) La responsabilità del convenuto sig. Antonio Iacobucci, conducente l'autobus, deriva da fatti che sono già stati accertati nella sentenza penale di primo grado, confermata in appello e allegata agli atti di causa.

La sentenza ha riconosciuto a carico del conducente una responsabilità derivante da atto illecito essendo stato violato un precetto giuridico posto a protezione di interessi facenti capo ad altro soggetto.

Il fatto che ha costituito il contenuto della violazione è stato cagionato con volontarietà, indicata genericamente nel diritto comune con il termine di *culpa* e che, posta in essere come violazione indipendente dai rapporti obbligatori preesistenti fra l'autore dell'illecito e chi ha subito la lesione, deve collocarsi nella categoria della *culpa aquiliana*, o responsabilità extracontrattuale.

**E' acquisito alla dottrina che, partendo dalla limitata casistica contemplata dai testi romani, attraverso l'elaborazione del diritto comune la *culpa aquiliana*, o responsabilità per fatto illecito, ha avuto una sua autonoma configurazione dogmatica fino al concetto, ormai acquisito come principio generale. E' tenuto a risarcire un danno colui che per sua colpa lo ha arrecato (cfr.E.VOLTERRA, Istituzioni di diritto privato romano, Roma 1961, 568).**

E' da rilevare la perfetta rispondenza della disciplina sammarinese ai principi che in materia di responsabilità da fatto illecito sono stati ampiamente elaborati dal diritto comune: l'Ordinamento Sammarinese recepisce così principi generali originari ed uniformi fatti propri anche dalle legislazioni codificate.

I risultati irrinunciabili di tale civile evoluzione del *damnum iniuria datum* sono stati recepiti presso le moderne codificazioni, come è testimone l'art.1382 del Code Napoleon – “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer” - o l'art. 1151 del Codice Civile Italiano del 1865 – “Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno” - o anche l'art. 2043 del Codice Civile Italiano del 1942 – “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

La volontaria violazione del precetto posta in essere dall'autista, descritta nel capo di imputazione della sentenza penale allegata agli atti di causa, ha pertanto cagionato un danno che consiste nella effettiva lesione di interessi giuridici altrui, cioè della vittima.

Il processo penale dunque ha anche già accertato l'esistenza di una responsabilità civile

da fatto illecito pronunciandosi per un “risarcimento dei danni a favore delle parti civili”. La sentenza ha riconosciuto all’attrice un diritto di credito nei confronti dell’autore dell’atto illecito, e, implicitamente, di tutti coloro che assumono la veste di responsabili civili, come il proprietario dell’autobus e la società assicuratrice.

La responsabilità solidale del proprietario dell’autocorriera deriva poi dal primo comma dell’art. 3 del vigente Regolamento 6 marzo 1922, n°.13, relativo alla “circolazione dei veicoli a trazione meccanica destinati a circolare senza guida di rotaie nelle strade ordinarie”, che stabilisce come “il proprietario e il conducente di un veicolo a trazione meccanica sono obbligati solidalmente a risarcire i danni prodotti a persone ed a cose, dalla circolazione dei veicoli stessi, quando non provino che da parte loro si è avuta ogni cura nell’evitare che il danno si verificasse”.

Sulla responsabilità solidale dell’assicuratore non sembra esistano dubbi, essendosi assunto contrattualmente tale impegno.

Il credito derivante agli attori è pertanto una *obligatio ex delicto*, che deriva dall’*iniuria*, definitivamente accertata in sede penale e che oggi allo stato degli atti non consente l’esame sulla gradazione della *culpa* e non ammette altra valutazione se non quella relativa alla liquidazione del risarcimento dei danni, in parte già stabilito dal Magistrato Penale con la concessione della provvigionale.

Nei confronti dei convenuti quindi deve essere stabilito l’ammontare della obbligazione alla quale sono tenuti.

5) Premesso dunque che il proprietario dell’autobus è chiamato a rispondere patrimonialmente per i danni cagionati dal suo dipendente, si deve però precisare che come convenuto è responsabile anche ad altro titolo.

Nella sentenza prodotta in atti non compare alcuna dichiarazione di responsabilità civile nei suoi confronti, che invece deve essere riconosciuta.

**Sull’autobus di sua proprietà viaggiava la vittima dell’incidente provocato per colpa del suo dipendente. Il proprietario è quindi tenuto al risarcimento del danno anche in forza delle convenzioni intervenute e, in particolare, dall’obbligo di effettuare correttamente il trasporto assunto.**

La sua responsabilità è dunque ascrivibile anche ad un diverso titolo, sicuramente discendente *ex contracto*, collocandosi nella categoria della *culpa in vigilando*, derivata da fatti posti in essere dall’incaricato di adempiere quanto promesso.

**L’oggetto dell’obbligazione - il sicuro trasporto - non ha avuto materiale attuazione per fatti che sono stati attribuiti al comportamento di un soggetto parte del contratto obbligatorio in conseguenza della *electio* volontariamente esercitata dall’obbligato.**

L’inadempimento è dunque attribuibile anche al debitore, e a suo carico deve quindi porsi quella generica sanzione di carattere patrimoniale che fa gravare sul debitore inadempiente il danno. Ciò consente di riconoscere la fondatezza della domanda attrice e dichiarare anche da questo punto di vista che i convenuti sono legati da vincolo di solidarietà.

Sul terzo convenuto - la società assicuratrice -, che garantisce gli altri del pagamento dei danni cagionati, non sono state opposte contestazioni circa le convenzioni esistenti per la responsabilità civile già accertata in sede penale e della quale risponde solidalmente con gli altri convenuti.

6) I convenuti sono dunque responsabili civilmente dei danni subiti dalla attrice cui devesi ora attribuire una concreta misura del loro ammontare.

Secondo la giurisprudenza consolidata di questo Tribunale Commissariale, i convenuti devono pertanto rispondere, di “ogni diminuzione di patrimonio che si sia verificata in seguito o per occasione del fatto illecito”, che è appunto “danno risarcibile da colui che compì il fatto, ma solo per quella diminuzione che sia avvenuta per conseguenza del fatto illecito” (Sentenza del Commissario della Legge 19 gennaio 1932, nella causa n°.147/1930 in Giurisprudenza Sammarinese, 1931-1932,p.40).

**Il “danno risarcibile” investe dunque la persona, il danno morale e di relazione.**

Da questo punto però sono da accogliere alcune eccezioni proposte dal procuratore dei convenuti: non sembra infatti sufficientemente dimostrato che l’attrice sia una “coltivatrice diretta” e conseguentemente non possono apprezzarsi i criteri proposti per liquidare il risarcimento dei danni subiti.

I terreni, secondo il certificato depositato in atto, non sono intestati alla attrice: il fatto che sarebbero a lei pervenuti in forza di successione, doveva essere provato perlomeno con la copia della nota di trascrizione della denuncia di successione.

Inoltre il reddito certo deve essere provato in ben altre forme, se non si vuole o non si può produrre copia della dichiarazione dei redditi.

Il reddito annuo, che è quindi possibile attribuire all’attrice, è quindi quello che risulta da fatti obiettivi e presuntivi al contempo, giacché la stessa non può godere, nell’ordinamento italiano, di un reddito che sia inferiore a quello che le deriverebbe dalla pensione sociale, che non è inferiore a £.600.000= mensili e cioè al reddito di £.7.800.000= annui.

7) Così determinato il reddito annuo, deve farsi ricorso a strumenti comunemente esistenti ed applicati, non tanto come fonte di diritto, ma come dati forniti e rilevati obiettivamente e scientificamente, come la “tariffa per la costituzione delle rendite vitalizie immediate da cui si ricavano le somme per le quali si corrisponde una rendita annua vitalizia”. Tali dati accompagnano il Regio Decreto Italiano 9 ottobre 1922, n°.1403, che approva le tariffe della Cassa Nazionale per le assicurazioni sociali, tariffe comunemente usate dai liquidatori di assicurazioni nel risarcimento dei danni (cfr. R.LUVONI, F.MANGILI, L.BERNARDI, Guida alla valutazione medico-legale dell’invalidità permanente. Responsabilità civile, infortunistica del lavoro e infortunistica privata, con prefazione di C.M.CATTABENI, Milano 1986, p.26).

Il coefficiente di valutazione attribuibile alla vittima in ragione dell’età, che aveva al momento delle patite lesioni - 61 anni già compiuti -, è pari a 10,102 che, moltiplicato per il reddito annuo già accertato, porta alla somma complessiva di £ 78.795.600= (£.7.800.000 \* 10,102 = £ 78.795.600=).

Considerato poi che l’invalidità permanente attribuita dalla perizia tecnica è pari al 18% si dovrà concludere, che la somma capitale da liquidarsi, per la invalidità parziale alla parte attrice, è pari a £.14.183.208= ( $343.468.000 * 18 = 1.418.320.800 \div 100 = 14.183.208$ ), e che rappresenta il solo ammontare del danno patrimoniale risarcibile.

Si deve poi aggiungere che risulta fondata la richiesta della rifusione delle spese affrontate dall’attrice in conseguenza delle subite lesioni, e per le quali sembra equa la somma richiesta di £.4.000.000= per soggiorno in San Marino e per i necessari spostamenti anche dei suoi familiari, nonché per successive spese di convalescenza, cui si aggiungono le spese di perizia, anticipate e ammontanti a £.1.000.000= e le spese di costituzione di parte civile pari a £.3.408.000=, nel già definito processo penale. Così la rifusione totale delle spese in suo favore ammonta complessivamente a £.8.408.000=.

8) La richiesta valutazione del danno morale, a norma del citato art. 1 del vigente codice

di procedura penale, dovrà essere stabilito equitativamente e anche in considerazione delle valutazioni precedenti. Non essendo possibile neppure in questa sede apprezzare giudizialmente la condizione di coltivatore diretto della attrice, sotto il profilo del reddito, il danno morale non potrà essere superiore alla somma di £. 25.000.000=.

Le spese e gli onorari di giudizio seguono il principio della soccombenza e vanno solidalmente posti a carico dei convenuti.

### 23.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 29 aprile 1991.

V.P.G. (Avv. P.L. Bacciocchi) : B. M.L. (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 245, anno 1990.

#### **Matrimonio – Separazione personale dei coniugi – Omologazione.**

*L'omologazione della separazione mira solo a convalidare l'espressione di volontà di due soggetti, che, nell'esercizio della loro autonomia, hanno deciso di sospendere il rapporto coniugale.*

*In sede di omologazione, il Tribunale esercita solo una funzione di controllo sull'accordo dei coniugi, in particolare sulla legittimità dei patti, con riferimento all'interesse dei figli minori, ed alla pregiudizievolezza di alcune pattuizioni per uno dei coniugi.*

---

#### FATTO

(omissis)

#### DIRITTO

(omissis)

3. La procura attrice richiede a questo giudicante di voler provvedere alla “parziale e/o totale revisione degli accordi patrimoniali assunti dai coniugi in sede di separazione, stante la loro palese iniquità e pregiudizievolezza”. La parte convenuta, invece, lamenta l'inadempimento degli stessi accordi di separazione, e, in conseguenza reclama il diritto a vedersi corrispondere dall'attore gli arretrati sulla somma che il signor V. si era impegnato a versare alla consorte quale contributo per il pagamento dei canoni di locazione della casa presso la quale la signora B. ora abita, nonché il proprio diritto ad abitare la casa - ora occupata dal signor V. - di cui sono comproprietari, per quote di un terzo ciascuno la signora B., la di lei madre ed il signor V., ed, infine il rispetto dell'obbligo assunto dal signor V. di provvedere al pagamento dei mutui gravanti sull'immobile di comune proprietà in ragione del 50%.

**La separazione consensuale trova fondamento nell'accordo dei coniugi che è diretto a sospendere il rapporto coniugale, rendendo quiescenti i doveri coniugali, ed**

acquista efficacia con l'omologazione di detto accordo da parte del Commissario della Legge (art. 111 della legge n. 49 del 1986).

**L'omologazione mira solo a convalidare l'espressione di volontà di due soggetti che, nell'esercizio della loro autonomia hanno deciso di sospendere il rapporto coniugale. In sede di omologazione il Tribunale esercita solo una funzione di controllo sull'accordo dei coniugi, in particolare sulla legittimità dei patti, con riferimento all'interesse dei figli minori "per quanto attiene l'affidamento ed il mantenimento" e alla pregiudizievolezza di alcune pattuizioni per uno dei coniugi (art. 111 legge n. 49 del 1986). Il pregiudizio di talune condizioni per uno dei coniugi, peraltro, non deve essere valutato in astratto, bensì in relazione esclusivamente alle norme imperative che sanciscono il diritto agli alimenti in capo al coniuge economicamente più debole (art. 117 della legge n. 49 del 1986, richiamato dall'ultimo comma dell'art. 111). Sarebbero, di conseguenza, nulli i patti con i quali un coniuge, pur non trovandosi in condizioni di indigenza, venga esonerato dal contribuire al mantenimento dei figli (per il contrasto con l'art. 113), ovvero il patto con cui un coniuge, trovandosi in condizioni di bisogno economico, rinunci al diritto agli alimenti. Soltanto al fine di tutelare gli interessi dei figli e del coniuge più debole è dunque ammesso l'intervento del giudice sugli accordi di separazione, potendo addirittura emettere d'ufficio "gli opportuni provvedimenti applicando i criteri dell'art. 117 contestualmente alla omologazione" (art. 111, comma 3°). Ogni altro aspetto - soprattutto di carattere strettamente patrimoniale - è rimesso alla autonomia dei coniugi.**

Il signor V. all'atto della separazione (11 luglio 1988) ha assunto obblighi in forma solenne, in presenza del Commissario della Legge ed in circostanze tali da far comprendere a chiunque la gravità dell'atto, per cui non vi sono ragioni da addurre per ottenere la dispensa dall'osservanza di quanto liberamente ha accettato. Vero è, tuttavia, che già in data 22 giugno 1989 egli, per mezzo del suo procuratore, ha manifestato la volontà di procedere a revisione degli accordi medesimi, alla quale si è sempre opposta la signora B., che solo nel corso del presente giudizio ha richiesto la modifica degli stessi in conseguenza degli inadempimenti del signor V..

Sembra, pertanto, equo riconoscere alla signora B. il diritto di ottenere dal signor V. la corresponsione della somma di £. 300.000= mensili a titolo di contributo per i canoni di locazione dell'appartamento attualmente abitato dalla stessa, somma che rappresenta, nella sostanza, il versamento del corrispettivo per l'uso dei 2/3 della casa di proprietà della signora B. e della di lei madre, attualmente abitata dal signor V.

## 24.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 29 aprile 1991.

Bonini Alfredo (Avv. G.L. Berti) : Ronci Giovanni (Avv. G.B. Reffi) – Causa n. 106, anno 1990.

**Danno patrimoniale – Risarcimento – Danno emergente – Lucro cessante – Danno morale – Debito di valore.**

*Il risarcimento del danno patrimoniale ricomprende sia il danno emergente che il lucro cessante.*

*Costituisce dato acquisito che il momento decisivo per distinguere il danno emergente dal lucro cessante è quello in cui si verifica l'evento dannoso.*

*La valutazione del danno morale non può avvenire che con il criterio equitativo, dovendo il magistrato procedere alla liquidazione "arbitratu boni viri".*

*Le obbligazioni nascenti da fatto illecito configurano un debito di valore, che solo con la liquidazione, effettiva del giudicante, diviene debito di valuta.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 2 aprile 1990 il signor Bonini Alfredo ha convenuto avanti a questo Tribunale il signor Ronci Giovanni per sentirlo condannare "alla rifazione dei danni morali e materiali conseguenti alla azione illecita risultante dagli atti istruttori del procedimento penale citato, con gli interessi sulle somme che saranno liquidate, eventuale rivalutazione da svalutazione monetaria spese ed onorari di causa anche penali".

Esponeva l'attore che con sentenza in data 28 ottobre 1988 nel procedimento penale n. 1159 dell'anno 1987, confermata con sentenza d'appello in data 27 aprile 1989, veniva accertata la responsabilità penale del signor Ronci Giovanni, convenuto nel presente giudizio, per il misfatto di lesioni personali ai danni del signor Bonini in conseguenza della quale veniva esperita la presente azione civile al fine di ottenere il risarcimento dei danni e delle spese, indicate nella somma "non inferiore a L. 8.000.000= o comunque nella somma complessiva per danni e spese che risulterà in corso di causa".

All'udienza fissata l'attore riproduceva la citazione, mentre il convenuto si costituiva in data 18 giugno 1990, dopo l'apertura del primo termine probatorio.

Nel corso dei rituali termini di prova, su istanza della procura attrice venivano ammessi documenti e veniva ammesso ed escusso il teste Maurizio Zanotti.

Aperto il termine per le allegazioni in diritto, la procura attrice ha così concluso: "si chiede emettersi sentenza di condanna a risarcire il danno subito dal sig. Bonini Alfredo quale conseguenza dell'azione illecita accertata in proc. penale n. 1159/1987, nei seguenti ammontari L. 1.110.000= quale danno emergente; L. 6.500.000= quale lucro cessante; L. 3.500.000= quale danno morale; per un totale di L. 11.110.000=. Il tutto maggiorato degli interessi legali e della rivalutazione monetaria dalla data della commissione del fatto di reato all'effettivo soddisfo, con spese ed onorari di causa a carico del sig. Ronci Giovanni".

La procura convenuta ha, invece, così concluso: "Il Ronci non può negare, ritenuta la sentenza penale, la sua responsabilità alla quale deve riparare. Da quanto è deducibile dagli atti in via principale nulla gli è dovuto perchè il Bonini ha mancato di dare prova del danno; in subordine e se superati certi fatti tutti da chiarire, al Bonini può tutt'al più riconoscersi un danno inferiore, per pertinente tariffa e riferimento alla data dei fatti e non al 1989, alla cifra di L.999.936: in un caso e nell'altro al Bonini devesi corrispondere l'ammontare degli onorari per i due processi penali l'uno dei quali già fissato a sentenza in L. 500.000. Non si può dimenticare, a tale proposito, che il Ronci non è mai stato richiesto del pagamento di quegli onorari richiesti alla quale avrebbe

sicuramente provveduto; proprio questa voluta omissione è stata il pretesto sul quale avviare una causa irosa quanto superflua quanto doverosamente evitabile quanto vessatoria specie considerando l'esosa, rapace richiesta di L. 8.000.000= della domanda introduttiva. Si chiede in ragione di tutti questi aspetti negativi dell'azione del Bonini che il Giudicante voglia disporre la compensazione delle spese ed onorari di causa".

## DIRITTO

1. Le sentenze penali di primo grado (emessa in data 28 ottobre 1988 e depositata presso la Cancelleria di questo Tribunale in data 13 marzo 1989) e di secondo grado (emessa e depositata presso la Cancelleria di questo Tribunale in data 27 aprile 1989) allegate agli atti della presente causa, hanno concordemente accertato la responsabilità penale del convenuto sig. Ronci Giovanni per aver provocato lesioni personali al sig. Bonini Alfredo in data 9 luglio 1987.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza sammarinese, **la sentenza penale di condanna divenuta irrevocabile ha autorità di cosa giudicata in ordine all'obbligo del condannato di risarcire il danno**: "in base agli artt. 3, 9, 12 del codice di procedura penale le sentenze - penali di condanna - costituiscono per quanto riguarda l'an, cosa giudicata" (Sentenza del Commissario della Legge in data 6 febbraio 1962, in *Giur. Samm.*, 1965, fasc. 1, p. 63 ss.). Sulla scorta di tale principio al giudice civile è rimessa esclusivamente la determinazione del *quantum debeatur*, vale a dire la determinazione della somma che il convenuto deve versare all'attore a titolo di risarcimento dei danni subiti da quest'ultimo in conseguenza del fatto illecito.

D'altra parte, l'attore si era costituito parte civile nel procedimento penale n. 1159 dell'anno 1987 contro il signor Ronci Giovanni, per cui il giudice penale, dopo aver accertato la colpevolezza dell'imputato, ha condannato lo stesso "al pagamento delle spese [...] di costituzione di parte civile al risarcimento proporzionale del danno da liquidare in separato giudizio". Il giudice penale di appello ha confermato la sentenza di 1 grado, condannando il convenuto al pagamento delle ulteriori spese di difesa della parte civile, che ha liquidato in L. 500.000=.

In definitiva, in base alla autorità del giudicato penale - le risultanze del quale questo giudicante fa, ovviamente, proprie - non si agita più alcuna questione sull'an della responsabilità del convenuto per le lesioni provocate all'attore, e deve unicamente essere stabilito il *quantum* dei danni derivanti dall'illecito penale.

2. La procura attrice richiede: a) quale "danno emergente" il rimborso della spesa di L. 60.000=, sostenuta per una visita medica in data 8 ottobre 1987 dello specialista in oculistica Dott. Giuseppe Benedettini, nonchè delle spese di costituzione di parte civile, al pagamento delle quali - come detto - il sig. Ronci è stato condannato in entrambi i gradi del giudizio penale. Tali spese sono state liquidate solo relativamente al giudizio d'appello, mentre per quelle relative al giudizio di primo grado "si chiede che vengano liquidate nei seguenti ammontari: L. 200.000= quale esame della causa; L. 350.000=, quali onorari per la fase dibattimentale"; b) quale "lucro cessante", la corresponsione di una somma pari a L. 6.500.000=, a titolo di danno derivante "dalla incapacità del danneggiato di svolgere il suo lavoro e quindi produrre il suo normale reddito per tutta la durata della malattia"; e, infine, c) quale "danno morale" la somma di L. 3.500.000=.

**3. Il risarcimento del danno c.d. <<patrimoniale>> ricomprende, come è noto, sia il danno emergente che il lucro cessante. Costituisce, altresì, dato acquisito che il**

**momento decisivo per distinguere il danno emergente dal lucro cessante è quello in cui si verifica l'evento dannoso. In quanto tale evento sottrae al danneggiato entità patrimoniali che già aveva, si ha un danno emergente, mentre in quanto esso impedisce che nuovi elementi, nuove utilità vengano acquistate e godute dal danneggiato, costituisce un lucro cessante. In definitiva, il danno emergente consiste in una diminuzione del patrimonio della vittima, che ricomprende anche il rimborso delle spese sostenute in conseguenza dell'evento dannoso, mentre il lucro cessante consiste nell'esclusione di un incremento patrimoniale che si sarebbe verificato in mancanza del fatto dannoso.**

Nel caso di specie *nulla quaestio* per il rimborso di quanto richiesto a titolo di danno emergente. Il convenuto è stato infatti già condannato in sede penale - in entrambi i gradi di giudizio - al pagamento delle spese di costituzione di parte civile, e risulta, inoltre, documentata la spesa di L. 60.000= per una visita oculistica, sostenuta in conseguenza dell'illecito, che ha provocato all'attore lesioni all'occhio destro. Deve, di conseguenza essere liquidata a favore dell'attore la somma complessiva di L. 1.110.000=.

**Per quanto concerne il lucro cessante, questo deve essere determinato con esclusivo riferimento alle concrete ed effettive possibilità che non si siano attuate. Esso deve sempre risultare positivamente dimostrato, e cioè deve potersi ritenere che un determinato lucro si sarebbe avuto ed invece è mancato in conseguenza del fatto illecito.**

**L'invalidità temporanea, vale a dire l'incapacità del danneggiato di svolgere la propria attività lavorativa per tutta la durata della malattia, costituisce indubbiamente lucro cessante**, per modo che la misura del danno coincide con la perdita dei guadagni certi che la vittima non ha potuto conseguire per effetto della invalidità. Dovendo essere reintegrata la perdita del guadagno sofferta nel periodo di inabilità il danno viene liquidato con la attribuzione a posteriori del guadagno lavorativo perduto nel periodo di invalidità.

Il signor Bonini Alfredo è titolare di licenza industriale per l'esercizio di "costruzioni edili", ed il teste Maurizio Zanotti, "commercialista della impresa Bovini", afferma risultargli "che il signor Bonini prestava materialmente la propria attività lavorativa nell'impresa". Secondo la procura attrice il risarcimento dei danni derivanti dalla inabilità temporanea "deve essere quantificato sulla base delle giornate lavorative in cui il Bonini è stato in malattia, che sono 17 per ore 8,5; della retribuzione oraria dell'operaio del settore, che all'epoca era di L. 20.832, oltre al 10% di utile di impresa su questo lavoro, per un totale di L. 3.311.362= (20.832x10%x8,5x17); a ciò deve essere necessariamente aggiunto un *quid* corrispondente alla differenza esistente nello svolgimento dei lavori, sia sotto il profilo materiale che sotto il profilo tecnico ed imprenditoriale e anche di responsabilità tra il semplice operaio e l'imprenditore di questo settore".

Dalle certificazioni mediche agli atti della presente causa - già esaminate dal giudice penale - risulta documentato che il signor Bonini ha riportato lesione diagnosticata come "trauma contusivo con ematoma regione palpebrale inferiore, iperemia consequenziale OD - cefalea" (certificato del Servizio Pronto Soccorso in data 10 luglio 1987), con una prognosi iniziale di 8 giorni, mentre la guarigione clinica ("si certifica che il signor Bonini [...] è clinicamente guarito in data odierna") veniva accertata in data 3 agosto 1987.



Nel periodo che va dal 10 luglio al 3 agosto 1987 - escludendo i giorni di sabato e di domenica nonchè il giorno festivo del 28 luglio - vi sono sedici giornate lavorative (e non 17 come afferma la procura attrice).

L'attore, peraltro, nell'intero corso del giudizio non ha fornito alcuna prova certa dell'ammontare del reddito da lui percepito nell'anno 1987. Il teste Maurizio Zanotti, escusso nell'udienza del 4 ottobre 1990, ha unicamente affermato che, sulla base della tariffa applicata in base ai contratti di lavoro, in vigore al 1° aprile 1987, il costo della manodopera al cliente era di L. 20.832= all'ora, somma comprensiva dell'utile d'impresa che è pari al 10%, per cui su ogni ora pagata a ciascun dipendente vi è un utile d'impresa pari al 10%. Non ricorda il teste, tuttavia, se in occasione dell'incidente il contiere si è fermato.

Il c.d. lucro cessante - come detto - deve essere positivamente dimostrato dal danneggiato, il quale deve fornire al giudicante gli elementi probatori necessari al fine di determinare la somma da corrispondere a titolo di risarcimento del mancato guadagno. Nella specie, non sono state prodotte in atti dichiarazioni dei redditi dell'attore, non risulta sufficientemente provato il fatto che il sig. Bonini espliciti la propria attività lavorativa materialmente nell'impresa, nè risulta se il contiere sia rimasto aperto oppure no in conseguenza dell'illecito.

In mancanza dei suindicati elementi probatori e considerato che il presente giudizio - come già ricordato - ha avuto luogo esclusivamente al fine di determinare il *quantum* da risarcire all'attore, si deve liquidare a favore dell'attore non la somma dallo stesso richiesta (il calcolo della quale risulta peraltro erroneo, in quanto l'utile d'impresa è già compreso nella determinazione del compenso orario al cliente, pari a L. 20.832=), bensì una somma pari al reddito giornaliero percepito a titolo di pensione sociale, moltiplicato per i giorni di inabilità. Tale somma risulta, di conseguenza, pari a L. 230.000=.

*Quanto al danno morale, la giurisprudenza sammarinese ha posto il principio che "il danno risarcibile, secondo il diritto vigente a San Marino, non è soltanto quello materiale, ma anche quello morale nel senso proprio di tale parola cioè non solo il danno morale indiretto, ma anche l'offesa e il dolore subiettivo", e che nella valutazione di tale danno morale "deve farsi riferimento alla sentimentalità del tipo normale, dell'uomo medio, più che alla sentimentalità, che può essere morbosa, del danneggiato; agli effetti morali che sogliono verificarsi, secondo l'id quod plerumque accidit, dell'atto illecito in quel determinato caso. Deve aversi riguardo alla entità della offesa, alle conseguenze che essa ha arrecato al danneggiato, alla condizione di persona, di famiglia e di cittadino [...]. Deve, quindi, procedere arbitratu boni viri e con quei criteri di estimazione presuntiva che sono dettati dalla pratica della vita e dalla comune esperienza, cercando di attribuire al danneggiato una somma di denaro la quale valga a procurargli una somma di utilità materiali approssimativamente idonea a compensare l'entità delle sofferenze morali subite" (Sentenza del Commissario della Legge in data 14 marzo 1935, in Giur. Samm., 1935-36, p. 34 ss.).*

*Tali assunti trovano inoltre conferma nell'art. 1 del codice di procedura penale, che espressamente riconosce la risarcibilità dei danni morali al soggetto passivo come conseguenza del reato, onde l'azione civile che ne nasce investe il "danno fisico e morale" ed il suo esercizio compete a chi abbia "interesse a che il danno sia risarcito".* Nella specie, considerata la mancanza di conseguenze dolorose dell'illecito, la assenza di una qualsiasi invalidità permanente, della natura dell'illecito, idoneo ad aver creato patemi d'animo, nonchè della condizione della persona danneggiata, si reputa congruo

liquidare il danno morale sofferto dal signor Bonini Alfredo nella somma complessiva di L. 1.000.000=.

In conclusione, il convenuto deve essere condannato al pagamento in favore dell'attore della somma complessiva di L. 2.340.000=, sulla quale vanno calcolati gli interessi al tasso legale dalla data del fatto illecito (9 luglio 1987) all'effettivo soddisfo, "dovendosi in ciò ritenere compreso l'indennizzo per danni da svalutazione monetaria nel frattempo intervenuta" (Sentenza dei Commissario della Legge in data 18 febbraio 1991, nella causa civile n. 230 dell'anno 1985).

4. La procura attrice richiede infine, che la somma liquidata a titolo di risarcimento danni sia maggiorata "della rivalutazione monetaria dalla data della commissione del fatto di reato all'effettivo soddisfo".

**Le obbligazioni nascenti da fatto illecito configurano un debito di valore, nel senso che fino al momento della liquidazione, la somma dovuta non è fissa nel suo ammontare numerico, ma variabile, in quanto tale somma di denaro non è dovuta come un bene a sè, bensì come valore di un altro bene.**

**Solo con la liquidazione - effettuata dal giudicante considerando il valore, in quel momento, del bene - il debito diventa di valuta, e, come tale, è soggetto al principio nominalistico proprio delle obbligazioni pecuniarie.** E' il giudicante, pertanto, che al momento della liquidazione deve tenere conto della svalutazione monetaria verificatasi dall'evento dannoso al pagamento. In altre parole, l'obbligazione *ex delicto* ha per oggetto un *quid* che deve reintegrare in toto il patrimonio del danneggiato, con la conseguenza che, qualora si sia verificata tra il momento della produzione del danno e quello della sua liquidazione giudiziale definitiva, una diminuzione del potere d'acquisto della moneta, il giudice deve tenere conto di tale sopravvenuta svalutazione, al fine di rendere operante l'effetto riparatorio della condanna.

Nel caso in esame questo giudice ha provveduto in tal senso, dal momento che per la liquidazione del lucro cessante si è presa in considerazione la pensione sociale corrisposta alla data odierna, mentre la liquidazione del danno morale è stata operata sulla base dell'attuale potere d'acquisto della moneta. Sono stati inoltre riconosciuti gli interessi al tasso legale dalla data del fatto illecito al saldo al fine di indennizzare completamente il patrimonio del danneggiato. Non deve, di conseguenza, essere liquidata separatamente alcuna somma a titolo di rivalutazione monetaria, come accade, invece, per le obbligazioni pecuniarie rette dal principio nominalistico.

5. Le spese e gli onorari del presente giudizio, da liquidarsi con successivo e separato decreto, vanno poste a carico della parte convenuta, perchè soccombente.

## 25.

Magistrato del lavoro (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 8 maggio 1991.

Berardi Domenica (Avv. L. Baccocchi) : Reffi Giorgia (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 43, anno 1987.

**Lavoro – Rapporto di lavoro subordinato – Contratto di assistenza a malati o ad anziani.**

*Sono inerenti al rapporto di lavoro subordinato le prestazioni di opere eseguite con i caratteri della continuità, della subordinazione, dell'onerosità.*

*Il contratto di assistenza a malati e ad anziani non integra gli estremi del rapporto di lavoro subordinato privato.*

---

(omissis)

## FATTO

Con atto di citazione depositato il 25 febbraio 1987 l'attrice ha convenuto in giudizio la convenuta per sentirla "condannare al pagamento della somma di £.13.351.774= oltre ad interessi e svalutazione monetaria. Con vittoria di spese giudiziarie e onorari di causa".

Lamenta l'attrice di avere svolto attività lavorativa in ragione di quattro ore giornaliere presso l'abitazione della convenuta ricevendo a compenso la somma di £.650.000= mensili e che dal 1 giugno 1983 fino al 11 gennaio del 1984, oltre alle ore giornaliere, l'attrice avrebbe assistito la convenuta anche durante la notte, dalle ore venti alle ore otto. Per tale attività la convenuta si sarebbe obbligata a donare una porzione di fabbricato sotto la condizione, che l'attrice "svolgesse tale attività assistenziale vita natural durante" nei confronti della convenuta. Dichiara inoltre, che in conseguenza delle cattive condizioni di salute, l'attrice ha dovuto rinunciare a proseguire la promessa assistenza notturna e pertanto chiede il "pagamento delle prestazioni notturne" già effettuate.

Con comparsa del 14 maggio 1987 la procura attrice ha depositato il verbale della Commissione Permanente Conciliativa, nel quale è stata dichiarata la "non avvenuta conciliazione per la mancanza di un membro della Commissione e per la mancanza fisica della parte convenuta e tutto ciò ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 6 della Legge 20 maggio 1985, n.° 63".

Costituitesi le parti in giudizio, in conseguenza del deposito del suddetto verbale, si è ritenuto di dover applicare il rito previsto dalla Legge 20 maggio 1985, n.° 63 per le cause di lavoro, fissando l'udienza del 25 maggio 1987 per l'ammissione dei mezzi di prova. Tempestivamente alla stessa udienza, la parte convenuta ha eccepito l'incompetenza per materia, assumendo che "la materia del contendere non è di competenza del Magistrato del Lavoro, ma del Giudice Ordinario".

Ammessi i mezzi di prova richiesti e i documenti depositati, all'udienza del 12 novembre 1987 la parte convenuta ha insistito perché venisse emessa una decisione sulla sollevata eccezione di incompetenza per materia, nonostante si trattasse di eccezione "non riservata". Sull'opportunità di una decisione in via preliminare ha manifestato adesione anche la parte attrice, per cui, su conforme richiesta di entrambe le parti, è stato aperto il termine ad allegare.

La procura attrice ha così concluso: "si chiede, pertanto che S.S.Ill.ma il Commissario della Legge, respinga l'eccezione sollevata dalla procura di parte convenuta in data 25 giugno 1987 e dichiari la competenza per materia del Magistrato del Lavoro".

La procura della convenuta ha invece così concluso: "si chiede quindi dichiararsi l'incompetenza per materia del Magistrato del Lavoro e conoscere e decidere della

presente controversia con condanna della attrice Bernardi al pagamento delle spese ed onorari di causa per questa fase di giudizio” che sono stati precisati in £.850.000=.

Con sentenza interlocutoria è stato ritenuto di dover riservare “alla decisione finale l’eccezione proposta dalla parte convenuta sulla incompetenza per materia del Giudice adito, così come rinvia e riserva alla decisione finale sul merito ogni condanna alle spese ed onorari di causa”.

Riassunta la causa, nei rituali termini di prova sono stati sentiti testimoni, si è esperito il contraddittorio tra le parti, sono stati prodotti documenti.

Risulta dagli atti di causa che l’attrice ha prestato assistenza notturna alla convenuta, perché malata, dal 1 giugno 1983 al giorno 11 gennaio del 1984, con un orario che aveva inizio alle ore 19,30 e terminava alle ore 9 del giorno dopo. Tale assistenza si è concretamente realizzata nella presenza della attrice presso l’abitazione della convenuta durante le ore notturne, facendole compagnia nei momenti nei quali potevano insorgere attacchi di asma, in modo tale da costituire soltanto “un corpo presente” durante il verificarsi delle crisi notturne, senza prestazioni di carattere paramedico. Risulta anche, per dichiarazione resa in atti dalla stessa convenuta, che all’attrice ha promesso il lascito per testamento del diritto di proprietà sopra un immobile di civile abitazione, quale segno tangibile di remunerazione: il rapporto tra le parti si è però interrotto per intervenuta malattia della attrice, che ha così richiesto il pagamento della prestata assistenza notturna. Risulta inoltre, per dichiarazione resa in atti dalla stessa interessata, che per le quattro ore giornaliere prestate, la parte attrice è già stata regolarmente retribuita

Aperto il termine ad allegare, dopo l’udienza d’irrotulazione, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore della attrice ha così concluso: “si chiede che S.S. Ill.ma il Magistrato del Lavoro voglia condannare la signorina Reffi Giorgia al pagamento della retribuzione dovuta, già quantificata in £.13.351.774= al pagamento degli interessi e della svalutazione monetaria su tale somma, nonché al pagamento delle spese ed onorari di causa”, che sono stati richiesti complessivamente in £.4.200.000.

Il procuratore della convenuta, insistendo sulla sollevata eccezione di incompetenza per materia del Magistrato del Lavoro ha invece così concluso: “la Berardi non ha dunque ragione di ripetere alcun credito per lavoro subordinato retribuito, essendo stata interamente pagata dalle prestazioni autonome fatte alla Reffi, e perciò deve essere rigettata ogni sua istanza con condanna al pagamento delle spese ed onorari di causa”, che si precisano complessivamente in £.2.630.000=.

## DIRITTO

1) Sciogliendo definitivamente la riserva formulata nella pronuncia interlocutoria, deve essere in primo luogo conosciuta e decisa l’eccezione di incompetenza per materia del Magistrato del Lavoro, sollevata dal procuratore della convenuta.

Solo sul piano rigorosamente formale l’attrice, depositando in atti il verbale della Commissione Permanente Conciliativa del’8 aprile 1987, ha adempiuto agli incombeni derivanti dall’art.7, terzo comma, della Legge 20 maggio 1985, n°.63, per cui, nel processo relativo a controversie aventi per oggetto rapporti di lavoro subordinato, “é irricevibile la domanda alla quale non sia allegata copia del verbale di mancata o parziale conciliazione”. Tale atto processuale è stato posto in essere dal procuratore della attrice

non in via meramente tuzioristica o alternativa, bensì in forme qualificanti rispetto alla istanza avanzata.

E' infatti da ritenere, che con tale atto di deposito la parte attrice ha precisato in modo del tutto inequivocabile, quale sia l'oggetto della sua domanda e la natura del rapporto dedotto in giudizio. Ha così esercitato fin dalle prime contestazioni, quella elezione del rito processuale, cui intende attenersi nel far valere la sua domanda e i rapporti giuridici ad essa inerenti.

Tale rito è positivamente imposto dalla ricordata Legge 20 maggio 1985, n°.63, la quale, nell'ordinamento sammarinese, è fonte delle norme relative alla "riforma del processo in materia di lavoro subordinato privato".

Deve quindi affermarsi che la parte attrice ha ritenuto di dover dedurre in giudizio una controversia individuale, avente per oggetto un rapporto di lavoro subordinato privato, come è previsto dall'art. 1 della Legge 20 maggio 1985, n°.63.

2) L'eccezione di incompetenza per materia è stata motivata invocando, come elementi qualificanti, "la non continuità del rapporto", nonché per l'attrice di "aver continuato a costituire persona a carico del di lei marito", e infine di avere, sempre l'attrice, "regolarmente percepito quanto ella aveva richiesto a titolo di emolumento professionale" dalla convenuta stessa.

Ai fini di una valutazione della competenza del Magistrato del Lavoro, la nozione di lavoro subordinato che si deve richiamare è quella che deriva dal combinato disposto del secondo comma dell'art. 19 e dal primo comma dell'art. 35 della legge 22 dicembre 1955, n°.42, perché ne fa espresso rinvio l'art. 4 della Legge 11 dicembre 1979, n°.83, che è "legge sul collocamento" al lavoro.

In conseguenza **devono ritenersi "lavoratori dipendenti coloro che - quale ne sia l'età, il sesso, la condizione, il reddito - fuori del proprio domicilio o in questo ultimo, prestino in modo permanente, avventizio, temporaneo, occasionale, eccezionale la propria opera manuale o intellettuale dietro retribuzione e alle dipendenze e sotto la direzione di un datore di lavoro"**.

Al contrario, dal citato art. 35, sono considerati **"datori di lavoro coloro che, in qualità di cittadini sammarinesi, stranieri o apolidi, impegnano nel territorio della Repubblica persone, di qualsiasi nazionalità esse siano, alle proprie dipendenze per lavori da eseguire per proprio conto mediante retribuzione, in qualsiasi forma, misura e momento questa venga corrisposta"**.

In relazione al caso proposto si dovrà poi anche considerare il secondo comma dello stesso art.19, sotto la lettera b), ove è stato precisato che **sono considerati lavoratori dipendenti anche "gli addetti ai servizi familiari che prestino la loro opera presso un nucleo familiare per almeno quattro ore al giorno"**.

**Ne consegue quindi, che devono ritenersi inerenti al rapporto di lavoro subordinato tutte quelle prestazioni di opere, che sono eseguite con i caratteri della continuità, della subordinazione e dell'onerosità.**

Gli elementi qualificanti il rapporto intercorso tra le parti, che la convenuta ha concretamente eccepito sono tre: il primo, relativo alla continuità, che non sembra sufficiente per stigmatizzare nell'ordinamento sammarinese la creazione di rapporto subordinato; il secondo è del tutto irrilevante; il terzo, da fondamento all'eccezione, perché può escludere il rapporto di lavoro subordinato.

In particolare si deve affermare che le prestazioni pattuite tra le parti, sono state adempiute con una continuità apparente, che non costituisce elemento qualificante del

rapporto, perché non si tratta di porre in essere le mansioni tipiche dell'addetta "ai servizi familiari", o meglio di collocarsi presso il datore di lavoro come dipendente per lavori domestici

In secondo luogo il rapporto di lavoro subordinato sarebbe venuto ugualmente in essere, nonostante l'attrice avesse "continuato a costituire persona a carico del di lei marito": l'argomento non rileva ai fini dell'instaurarsi di un rapporto di lavoro subordinato; le inadempienze previdenziali di una parte o le eventuali trasgressioni di terzi, possono essere fatte valere e hanno rilevanza in ben altra sede.

E' infine squisitamente sostanziale l'eccezione, che l'attrice ha "regolarmente percepito quanto ella aveva richiesto a titolo di emolumento professionale", dovendosi su tale punto decidere nel merito, trattandosi di prestazioni, che non sono state di lavoro subordinato, ma hanno oggettivamente assunto carattere professionale.

3) Subordinatamente il procuratore della convenuta ha eccepito "il vizio di nullità, perché la Reffi non è stata citata personalmente al suo domicilio a comparire per la conciliazione preliminare". Tale specifica eccezione però non è poi stata formalmente coltivata nei successivi atti di causa. La circostanza, rilevata in via di eccezione, è contraddetta dalle dichiarazioni comunicate dal Presidente della Commissione Permanente Conciliativa, che possono anche averne sanato ogni possibile nullità. Comunque le dichiarazioni, rese espressamente a verbale, in un regime di procura alle liti tacita, quale è quella conferita ed assunta nel vigente processo sammarinese, avrebbero dovuto essere impugnate espressamente e formalmente.

4) Eccepisce la procura della convenuta che nell'ordinamento sammarinese è praticato un contratto di assistenza a malati e ad anziani, senza prestazioni paramediche, che comprende a volte anche la sola compagnia, e per il quale è prevista una retribuzione da stabilirsi caso per caso, in libero accordo tra le parti.

Tale contratto risulta essere largamente, anzi quotidianamente praticato presso l'Istituto per la Sicurezza Sociale e, anche per il suo alto valore sociale e morale, che ne condiziona le esigenze alle quali adempie, non è facilmente inquadrabile nel rapporto di lavoro subordinato retribuito dell'addetto ai "servizi familiari".

Stabilito che la parte attrice ha ammesso di essere stata regolarmente retribuita per le ore prestate per il lavoro domestico, e di nulla avere a pretendere per quel tipo di lavoro subordinato, il successivo rapporto intervenuto tra le parti si è rivelato essere soltanto un accordo di sola e mera assistenza - anzi presenza - notturna, integrando piuttosto gli estremi del contratto di assistenza a malati o ad anziani, che quello che invece vorrebbe la parte attrice come addetta a fatiche domestiche.

Nello svolgere le sue funzioni di presenza notturna presso la persona malata, l'attrice si è assunta semmai obblighi di sorveglianza, non certamente di attendere "ai servizi familiari", senza prestare così la sua "opera presso un nucleo famigliare", anche per il periodo notturno.

Le prestazioni di opere che sono state poste in essere dalla attrice, non possono quindi integrare gli estremi richiesti dal terzo comma dello stesso art.19, sotto la lettera b) della Legge 22 dicembre 1955, n°.42, ove è addirittura qualificato il lavoro domestico. La norma è sicuramente speciale rispetto al secondo comma dello stesso articolo, non suscettibile quindi di alcuna interpretazione analogica. Per tale rapporto di lavoro domestico, che pure esisteva tra le parti, come afferma l'attrice, era già stata data retribuzione.

Da questo particolare punto di vista sembra dunque potersi accogliere quanto è stato eccepito dalla procura della convenuta: **l'accordo per l'esercizio di una sorveglianza a malato o a persona anziana, per l'esigenze cui risponde, per l'occasionalità con cui si presenta, per le circostanze in cui si adempie, per la libertà nella retribuzione, è da collocarsi tra le prestazioni che vengono esercitate professionalmente senza alcun vincolo di subordinazione.**

5) Ma in generale non si può neppure ritenere che il contratto di assistenza a malati e ad anziani instauratosi tra le parti in causa, abbia avuto le caratteristiche del rapporto di lavoro dipendente, richiamate dal secondo comma dell'art. 19 della Legge 22 dicembre 1955, n°.42.

**Nell'ordinamento sammarinese il rapporto di lavoro subordinato è contratto fortemente tipizzato:** per restare soltanto intorno ad un tema che è decisivo ai fini della eccezione proposta, in **un rapporto di lavoro subordinato al datore di lavoro e al dipendente non è consentito di stipulare patti o convenzioni sulla retribuzione. Quindi proprio in conseguenza della tipicità del contratto, nel rapporto di lavoro subordinato una eventuale e possibile rinuncia alla retribuzione da parte del dipendente - laddove semmai si verificasse - giuridicamente costituirebbe soltanto un atto successivo e unilaterale, avente la natura del tutto autonoma di un negozio di liberalità, il quale non ha nulla a che vedere con il contratto di lavoro subordinato.**

**Le convenzioni sul compenso del contratto di assistenza a malati o ad anziani, ivi compresa anche la possibilità di rinuncia, sono invece perfettamente negoziabili dalle parti. In tale contratto in conseguenza delle richiamate esigenze di natura morale e sociale, proprio perchè ogni singolo effetto negoziale trova giustificazione negli altri, possono intervenire patti non negoziabili nel rapporto di lavoro subordinato. La rinuncia a qualsiasi compenso, così come la somma pattuita e il suo ammontare, nel contratto di assistenza a malati o ad anziani, costituiscono contenuti leciti afferenti alla causa negoziale, rilevanti per l'ordinamento giuridico, perché realizzano interessi degni di tutela.**

Deve inoltre aggiungersi che le forme, nelle quali si perfeziona l'accordo nel contratto di assistenza, sono del tutto libere e disponibili direttamente dalle parti, proprio per favorire nella comunità la più rapida realizzazione e diffusione di un tale tipo di contratto, in conseguenza di pressanti necessità sociali e per assolvere a più che evidenti esigenze morali. Soprattutto l'assunzione di una sorvegliante ad un malato e ad un anziano è posta in essere senza rispettare le disposizioni e le formalità di cui all'art. 6 e seguenti della Legge 11 dicembre 1979, n.83 sul collocamento, manifestando così un ulteriore carattere distintivo, che non si ravvisa mai nel rapporto di lavoro subordinato proprio dell'ordinamento sammarinese.

**Il contratto di semplice assistenza ad anziani ed a malati, senza prestazioni paramediche e senza prestazioni di opere continue presso il nucleo familiare, proprio per le esigenze, l'occasionalità, l'adempimento e la retribuzione, nonché per la sua causa, cioè per gli effetti giuridici essenziali del contratto, investe rapporti che non possono integrare gli estremi del rapporto di lavoro subordinato privato, il solo di esclusiva competenza del Magistrato del Lavoro.**

Le spese e gli onorari di causa seguono la soccombenza e sono a carico dell'attrice.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 15 maggio 1991.

Geri Marino (Avv. G.B. Busignani) – Causa n. 266, anno 1989.

### **Morte presunta – Dichiarazione.**

*Può dichiararsi la morte presunta quando sono trascorsi almeno settanta anni dalla nascita dell'assente.*

---

### **FATTO**

Con istanza avanzata in data 17 ottobre 1989 il signor Geri Marino espose:

- 1) la signora Geri Carolina fu Felice, nata a Montescudo il 2 giugno 1883, sorella del nonno paterno dell'istante, da moltissimi anni era emigrata in Argentina, senza mai dare alcuna notizia di sé;
- 2) pur essendo pervenuta notizia dell'avvenuto decesso della Geri, non era stato possibile ottenere il rilascio del certificato di morte;
- 3) l'istante aveva interesse a fare risultare la morte della parente Geri Carolina, in quanto a favore di quest'ultima figurava iscritto il credito di dote congrua su di un bene immobile di proprietà di esso Geri Marino, situato in località Broccoli della Parrocchia di Faetano;
- 4) se fosse ancora in vita la Geri avrebbe 106 anni di età.

Quanto sopra esposto l'istante richiedeva dichiararsi la morte presunta di Geri Carolina, con l'emanazione dei conseguenti provvedimenti. Nei rituali termini probatori si ammettevano documenti prodotti dalla parte attrice, si procedeva all'esame delle testi Geri Desolina e Geri Maria nonché all'interrogatorio a chiarimento dell'attore Geri Marino (nell'udienza del 28 giugno 1990). Nell'udienza del 18 aprile 1991 il procuratore dell'attore ha prodotto la memoria conclusionale con la quale richiede l'accoglimento dell'istanza avanzata nell'atto introduttivo del giudizio.

### **DIRITTO**

Con il presente giudizio l'attore Geri Marino, avendone interesse, richiede dichiararsi la morte presunta di Geri Carolina fu Felice, nata a Montescudo il 2 giugno 1883, sorella del nonno paterno di esso attore, titolare del credito di dote congrua su di un bene immobile di proprietà dello stesso Geri Marino.

*Il diritto romano non aveva delineato, in modo organico, gli istituti della assenza e della morte presunta ma aveva, in sostanza, rimesso al Giudice l'esame di ogni singolo caso e la facoltà di emanare provvedimenti per mantenere e difendere i diritti dell'assente e per trasmetterli ad altri. Nel medio evo i principii fondamentali del diritto romano si trovarono in contrasto con quelli del diritto germanico dei popoli invasori. Il diritto romano, partendo dal principio della proprietà individuale, disponeva che, fino a quando vi era incertezza sull'esistenza di una persona, i suoi eredi non potevano adire l'eredità e non ammetteva con facilità le presunzioni di morte. Il diritto germanico*



*invece, partendo dal principio che la proprietà era della famiglia e non dei singoli membri, non sentiva il bisogno di regolare l'assenza (in specie per la prova della morte dell'assente e per la immissione nel godimento dei beni: godimento che i familiari dell'assente già avevano) e con facilità assimilava l'assenza alla presunzione di morte (per Liutprando bastavano tre anni di assenza). Detto contrasto, in un primo momento, diede luogo a molte incertezze e a divergenti risoluzioni nella dottrina e nelle disposizioni statutarie (per la presunzione di morte, ad esempio, si andava da un minimo di sette anni di assenza, come nello statuto di Bobbio, ad un massimo di quaranta anni, come nello statuto di Verona). In un secondo momento (in specie dopo il secolo XVI) gli istituti dell'assenza e della presunzione di morte furono delineati (in specie nelle opere di Menochio, Fabro, Muscardo, Richeri ecc.) con sufficiente chiarezza e stabilità. Essi (che risultano essere stati seguiti dalla giurisprudenza sammarinese) pongono (per quanto riguarda la presente causa) le seguenti norme: 1) è assente colui del quale si ignora an sit et ubi sit (Richeri, Univ. Jurispr., I, XIX, parag. 1825 – leg. 1 Dig. 23, 2 – leg. 2 parag. 4, Dig. 29, 3 – Nov. 22, c.7): 2) all'assente (su richiesta dei creditori, dei consanguinei ed anche ex officio) è dato dal Giudice un curatore da scegliersi, in via di regola, tra i proximiori “ad succedendum” (Richeri 1. c., parag. 1826, 1836): 3) il curatore (che occorrendo, deve fare l'inventario, prestare cauzione o fideiussione, sottoporsi a giuramento per una fedele e diligente amministrazione) può compiere gli atti di sola amministrazione e, urgente necessità, anche quelli di disposizione ma previa autorizzazione del Giudice (Richeri, 1. c., parag. 1848, 1849, 1855, 1856): 4) il curatore è tenuto a rendere il resoconto e non può godere dei frutti dei beni dell'assente (salvo il compenso: secondo l'utile netto): 5) nessun eventuale erede o parente può usufruire del reddito dei beni dell'assente sempre che egli non sia tenuto agli alimenti verso alcuno o, per gravi motivi, venga diversamente disposto dal Giudice.*

*La “cura bonorum absentis” cessa col ritorno dell'assente o con la sua morte, la quale può essere provata nei consueti modi, o presuntivamente dichiarata per il decorso di un determinato spazio di tempo (e, in questi due ultimi casi, con l'apertura della successione).*

*La dichiarazione di morte presunta deve avvenire a mezzo di sentenza e può essere fatta tanto se precedentemente sia stata dichiarata “l'assenza e nominato il Curatore quanto se tali formalità non siano state prese”.*

*Ora quale trascorso di tempo è necessario per dichiarare la morte presunta e da quale epoca esso deve aver inizio? L'opinio communis ha formato, in proposito, una regola generale e una larga eccezione.*

*La regola generale è che sia da presumere morto l'assente dopo il trascorso di cento anni o, quanto meno, di settanta anni dalla sua nascita. Gli autori che dichiarano di preferire i cento anni (e tra essi vi è il Richeri, 1. c. parag. 1862) si appoggiavano a vari testi del Corpus Iuris (i quali, per altro, si riferiscono indirettamente alla persona fisica) e alla Glossa (gl. liquirit ad fr. 2 parag. 4 test. quemad. apert. 29, 3 “quilibet praesumitur vivere etiam usque ad centum annos, nisi probetur mortuus”). Gli autori che preferiscono i settanta anni (in specie francesi e tedeschi) si appoggiano al salmo 90, V, 10 (“Anni nostri sicut aranea meditabuntur, dies annorum nostrorum in ipsis septuaginta annis”).*

*L'eccezione (sulla quale tutti gli autori concordano) è quella che – nonostante la norma generale – debba essere rimesso al prudente arbitrio del Giudice di decidere, caso per caso, se un assente possa essere riguardato come morto o no.*

*Il Carpzovio (Jur. For., p.3, const. 15, def. 57) dice: “ex praesumptionibus et conjecturis, cuius scilicet aetatis fuerit absens, quando abesse coeperit, quandiu abfuerit, quo in loco, at cuius rei causa profectus fuerit, iudex informatus hoc decidere potuit”. Il Richeri (l.c., parag. 1863) “Cum nulla possit certa regula contitui, quae omnibus et singulis casibus apetur, satius est singulos casus contingentes ex adjunctis diligenter perpensis definire”. E il De Luca (discur. 16, n.15 de benefic.) “ubi agitur de probanda morte in bello, vel in navigatione, in captivitate, aut tempore pestis, cum similibus casibus accidentalibus, tunc receptum est, mortem etiam levioribus, ac adminiculativis probationibus justificari”. Il Fabro, poi, osserva che può ritenersi la morte dell'assente ove sia dichiarata da due testi con giuramento ma con riferimenti specifici (De prob., consul. 1976) e non per “solam famam” (Richieri, l. c., parag. 1829).*

In base ai premessi concetti di diritto occorre prendere in esame la situazione di fatto risultante dagli atti.

La domanda attrice merita accoglimento in quanto:

1) Geri Desolina e Geri Maria hanno concordemente testimoniato: “Possiamo sicuramente affermare che è avvenuta da tempo la morte di Geri Carolina... Tale notizia ci venne data da nostro padre già molti anni fa, tenendo presente che nostro padre è deceduto da 16 anni; personalmente non abbiamo mai avuto comunicazioni dirette o notizie di Geri Carolina di qualsiasi genere”;

2) l'attore Geri Marino ha giudizialmente dichiarato di essersi recato nel mese di febbraio 1990 in Argentina presso un fratello, il quale gli ha confermato la morte della Geri Carolina, pur non essendo in grado di indicare in quale parte di quella Nazione essa abbia vissuto;

3) se fosse ancora in vita, alla data odierna, Geri Carolina avrebbe 108 anni di età.

Deve pertanto dichiararsi la morte presunta di Geri Carolina. Non appare necessario procedere all'apertura della di lei successione, in quanto la Geri non risulta proprietaria di alcun bene mobile od immobile sito nel territorio di questa Repubblica.

Gli Uffici competenti, con espresso esonero da ogni e qualsiasi responsabilità, sono autorizzati di procedere, in base e per autorità della presente sentenza, alla cancellazione dell'iscrizione del credito di dote congrua spettante a Geri Carolina gravante sul bene immobile di proprietà di Geri Marino, costituito da un fabbricato rurale diroccato sito in Faetano, strada Dei Broccoli, distinto al Catasto Fabbricati al Foglio 36, nr. 185 sub. 1, cat. D/7, R.C. 3600; nr. 185 sub. 2, cat. A/5, Classe 2, V.U. 4, R.C. 3600.

L'Ufficiale dello Stato Civile di questa Repubblica è autorizzato di annotare gli estremi della presente sentenza a margine degli atti dello Stato Civile relativi alla morta presunta Geri Carolina.

Si dà atto che l'attore non ha richiesto di decidere in merito alle spese ed agli onorari del presente giudizio.

## 27.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 15 maggio 1991.

S.a. Leasing Sammarinese (Avv. A.S. Belluzzi) : Amati Anna Maria (Avv. G.B. Busignani) – Causa n. 164, anno 1989.

**Fideiussione – “Beneficium excussionis” “Beneficium divisionis” – Insussistenza – “Beneficium cadendarum actionum” – Concessione.**

*Non sono accordati al fideiussore il beneficium excussionis ed il beneficium divisionis. E' invece ad esso concesso il beneficium cedendarum actionum.*

---

**FATTO**

Con istanza avanzata in data 12 giugno 1989 la Società Anonima Leasing Sammarinese esponeva:

- 1) la signora Amati Anna Maria si era costituita fidejussore delle obbligazioni derivanti dal contratto di locazione finanziaria stipulato dalla società attrice in data 13 novembre 1986 con la S.A. Sotecs;
- 2) per canoni di locazione scaduti e non pagati la società istante era creditrice della complessiva somma di lire 33.205.600=;
- 3) riuscito vano ogni tentativo di ottenere il pagamento della predetta somma sia dalla società debitrice, a carico della quale era stato dichiarato aperto il giudiziale concorso tra i creditori, sia dal fidejussore, la società istante si trovava costretta ad agire giudizialmente.

Quanto sopra esposto la Società Anonima Leasing Sammarinese conveniva avanti a questo Tribunale la signora Amati Anna Maria per sentirla condannare al pagamento della somma di lire 33.205.600=, dei relativi interessi delle spese e degli onorari del giudizio. Nell'udienza all'uopo fissata la parte attrice riproduceva l'istanza. La convenuta si costituiva in giudizio a mezzo di procuratore. Nei termini di prova si ammettevano documenti regolarmente prodotti in atti dalla parte attrice. I termini reprobatori trascorrevano senza che la convenuta ne usufruisse.

Trascorso il termine ad allegare, aperto con decreto 27 giugno 1990, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le memorie conclusionali. Il procuratore della parte attrice conclude richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione. Il procuratore della convenuta richiede che l'istanza attrice sia respinta in quanto non provata.

**DIRITTO**

Nella memoria conclusionale la parte convenuta, che non ha usufruito in alcun modo dei termini reprobatori ad essa riservati, eccepisce che l'istanza attrice di ottenere il pagamento della somma richiesta in citazione non merita accoglimento, in quanto i documenti a prova del credito vantato dalla parte attrice sono stati prodotti in copia autentica anziché in originale.

L'eccezione è destituita di ogni giuridico fondamento e va pertanto respinta.

L'eccezione stessa è stata avanzata unicamente e per la prima volta nella memoria conclusionale e su di essa pertanto non si è instaurato il regolare, giudiziale contraddittorio. Ove anche, in ipotesi, potessero sussistere dubbi sull'autenticità della sottoscrizione apposta dalla convenuta all'atto di fidejussione prodotto dalla parte attrice,

incombe alla convenuta di richiederne, sempre nel corso del giudizio, la verifica tramite giudiziale perizia grafologica, ciò che la convenuta si è ben guardata dal fare.

E' da rilevare inoltre che parte attrice è società anonima regolarmente riconosciuta e pertanto obbligatoriamente tenuta alle registrazioni ed alla compilazione dei libri contabili, disposte e regolate dall'art. 70 della Legge 13 giugno 1990 n.68 sulle società.

La consolidata giurisprudenza (cfr. tra le più recenti, le conformi sentenze di primo grado 23 agosto 1976 e di secondo grado 28 giugno 1978 emesse nella causa civile sommaria n.386 dell'anno 1982)<sup>75</sup> ha stabilito, sulla base delle norme statutarie sammarinesi e di diritto comune, che **le registrazioni contenute nei libri dei mercanti e degli artefici fanno piena prova quando i libri stessi siano tenuti "intitulati et approbati per Capitaneos et Consilium duodecim, nec non bullati bullo et sigillo Communis cum numeratione cartarum a principio usque ad finem"**, formalità alle quali le moderne leggi hanno sostituito la vidimazione dell'Ufficio del Registro e delle Ipoteche.

Deve dichiararsi infine che l'apertura del giudiziale concorso tra i creditori della debitrice principale società anonima Sotecs non può in alcun modo pregiudicare l'azione del creditore nei confronti del fidejussore.

**Il diritto sammarinese espressamente esclude la concessione in favore del fidejussore sia del beneficium excussionis sia del beneficium divisionis (Leges Statutae, Rub. XXII e XXIV del Libro II). Per altro il diritto comune ed il diritto sammarinese ammettono in ogni caso in favore del fidejussore il beneficium cedendarum actionum, in forza del quale il fidejussore ha diritto di chiedere ed ottenere dal creditore, al quale esegue l'integrale pagamento, la cessione delle azioni che esso creditore potrebbe esercitare non solo contro il debitore ma anche contro gli altri eventuali fidejussori.**

Pratiche conseguenze di ciò sono:

1) **il creditore insinuato deve rendere conto al giudiziale concorso dei creditori di quanto riceve in pagamento dal fidejussore;**

2) **quest'ultimo ha azione nei confronti del concorso per ottenere il rimborso di quanto versato al creditore garantito** (cfr. in particolare le conformi sentenze di primo grado 8 marzo 1967 e di secondo grado 10 giugno 1968 emesse nella causa civile n.438 dell'anno 1959, Giur. Samm., anni 1964-1969, pagg. 210 e 355).

In conclusione, in base alle premesse considerazioni, la convenuta Amati Anna Maria deve essere condannata al pagamento in favore dell'attrice Società Anonima Leasing Sammarinese della somma di lire 33.025.600=.

Sulla predetta somma sono dovuti gli interessi alla legale ragione del sette per cento dalla data della citazione al saldo.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico della convenuta.

## 28.

Magistrato del Lavoro (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 23 maggio 1991.

---

<sup>75</sup> Edita in *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1970-1980, pag. 377 e 198.

Forcellini Adriano (Avv. R. Bonelli) : Mularoni Gianfranco (Avv. L. Bacciocchi) – Causa n. 174, anno 1989.

**Lavoro – Licenziamento collettivo – Requisiti – Esigenze tecniche aziendali.**

*I requisiti enunciati dalla legge sono essenziali per formare la graduatoria in base alla quale si procede al licenziamento dei lavoratori subordinati per la riduzione dell'organico aziendale.*

*Tali requisiti sono soltanto da coordinare con le esigenze tecniche aziendali.*

---

**FATTO**

Con istanza del 15 giugno 1989 l'attore ha chiamato in giudizio il convenuto per sentire dichiarare illegittimo il suo licenziamento "e quindi sentirsi condannare a riassumere il medesimo nel posto che occupava, con condanna al pagamento di tutte le retribuzioni nel frattempo perdute dal dipendente, salvo compensazione con quanto dal medesimo nel frattempo ottenuto tramite le I.E.S. o retribuzioni per eventuali posti di lavoro ottenuti; con condanna altresì al pagamento delle spese tutte di giudizio, onorari di avvocato compresi".

Assume infatti l'attore, che il convenuto, di cui è stato dipendente, ha raggiunto accordo per la riduzione di lavoro ai sensi della Legge 17 marzo 1967, n°.17 e 29 settembre 1986, n°.108, e che, a seguito di tale accordo, ha proceduto al licenziamento di due dipendenti, nelle persone dell'attore e del sig. Paolo Zafferani .

Assume altresì l'attore, che il criterio adottato dal convenuto nella determinazione dei dipendenti da licenziare, non abbia seguito il dettato dell'art. 22 della Legge 4 maggio 1977, n°. 23 e che pertanto non doveva essere licenziato lo stesso attore.

Risulta dagli atti di causa che il 18 aprile 1989 è avvenuto un incontro presso l'Ufficio del Lavoro, tra il convenuto e i rappresentanti delle organizzazioni imprenditoriali di categoria e sindacali, durante il quale "il tentativo di conciliazione [...] non ha successo e pertanto la riunione si scioglie senza dare luogo ad un verbale di accordo".

Costituitasi regolarmente la parte convenuta è stato aperto il primo termine di prova durante il quale, nell'interesse dell'attore, sono stati ammessi i documenti prodotti con l'istanza di citazione ed un testimone nella persona del Direttore dell'Ufficio del Lavoro. All'udienza all'uopo fissata è comparso il Collocatore ed ha depositato in atti "l'elenco dei dipendenti della Ditta Titancycle di Mularoni Gianfranco aggiornato all'11 maggio 1989", documento poi regolarmente ammesso.

Da detto documento risulta che l'attore è stato avviato al lavoro il 4 maggio 1982, con la qualifica di operaio qualificato, terzo per anzianità di servizio fra i dieci dipendenti della ditta e precisamente collocato dopo l'operaio specializzato Mauro Ugolini, avviato il 29 luglio 1976, e prima dell'operaio qualificato Paolo Zafferani, collocato il 20 settembre 1982. Sempre dal suddetto elenco risulta come quinto, sempre per ragioni di avviamento al lavoro, l'operaio qualificato Alessandro Rossi, collocatosi nella ditta il 4 agosto 1983. Risulta altresì che l'attore era stato destinato al montaggio di un tipo di bicicletta le cui produzione veniva cessata, senza però specificare se tale produzione richiedesse qualifiche di alta specializzazione.

Aperto il secondo termine di prova il procuratore del convenuto ha avanzato richiesta per l'ammissione di tre testimoni.

Il procuratore dell'attore si è opposto all'ammissione dei suddetti testimoni eccependo, che i capitoli di prova tentavano "di modificare radicalmente la motivazione del licenziamento" e che l'attore "è in possesso di qualifica di lavoro, che consente il suo impiego in tutte le lavorazioni metalmeccaniche e simili".

Sentito un primo teste, per l'indisponibilità degli altri due, su richiesta concordemente formulata da entrambi i procuratori costituiti in causa, sono stati sentiti altri due testimoni immediatamente disponibili, sulla decisiva considerazione, che anche questi erano dipendenti della ditta, della quale è titolare il convenuto. Il procuratore della parte convenuta ha poi rinunciato ai due testimoni originariamente ammessi.

Aperto il termine per le allegazioni in diritto, depositate le memorie conclusionali, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il procuratore dell'attore ha concluso chiedendo dichiararsi che "il licenziamento è illegittimo è quindi la ditta Motor Cycles Titan dovrà essere condannata a riassumere il dipendente, salvo diverso avviso di questi da esprimere nel termine che sarà fissato in sentenza, con condanna al pagamento di tutte le somme corrispondenti alle retribuzioni non percepite, tenuto tuttavia conto di quanto eventualmente percepito dal Forcellini per retribuzione di attività lavorativa o per indennità sostitutiva", con condanna anche alle spese e competenze, precisate analiticamente in £.1.600.000=

Il procuratore del convenuto ha concluso chiedendo di "rigettare l'istanza della parte attrice, dichiarare legittimo il licenziamento e condannare il Sig.Forcellini al pagamento di tutte le spese ed onorari della presente causa", analiticamente specificati in complessive £.2.090.000=.

## DIRITTO

1) Le eccezioni formulate intorno alla ammissibilità dei due testimoni adottati dalla parte convenuta, non sono state coltivate nel successivo corso di causa.

Tutte le altre prove prodotte sono comunque da ritenersi ammissibili ed influenti, potendosi così sciogliere la riserva formulata *ex lege*.

**2) L'art. 22 della Legge 4 maggio 1977, n° 23 espressamente recita "nella riduzione dell'organico aziendale tanto in caso di accordo come in caso di insuccesso della procedura conciliativa da parte del Dicastero del Lavoro, si salvaguardano nell'ordine compatibilmente con le esigenze tecniche aziendali, l'anzianità di servizio, le mansioni svolte, la qualifica professionale ed il carico familiare di ogni lavoratore".**

Eccepisce il convenuto che il suddetto articolo "specifica i criteri che devono essere osservati al momento dell'attuazione della riduzione dell'organico". In particolare eccepisce il convenuto, che i criteri enunciati non sono assoluti, ma relativi, cosicché, dato che l'azienda ha cessato un certo tipo di produzione, ne conseguirebbe che non è stato possibile rispettare i requisiti dell'anzianità di servizio, della qualifica professionale e del carico familiare.

Sembra quindi opportuno affermare che la convenuta, nel giustificare il contestato licenziamento, si richiama unicamente all'applicazione di un criterio, che ha ritenuto compatibile con l'esigenza di salvaguardare "le esigenze tecniche aziendali".

3) L'eccezione appare del tutto infondata.

L'anzianità di servizio, la qualifica professionale e il carico familiare, sono i veri ed unici requisiti enunciati dall'art. 22 della Legge 4 maggio 1977, n. 23 che devono essere salvaguardati. Tali requisiti sono soltanto da coordinare con le "le esigenze tecniche aziendali", laddove comunque queste risultino dominanti e imprescindibili.

I requisiti enunciati dalla legge sono essenziali per formare la graduatoria con la quale si può procedere ai licenziamenti dei lavoratori subordinati per perseguire legittimamente la riduzione dell'organico aziendale.

Nel rapporto di lavoro è poi evidente la *ratio* di una tale norma, che si ben si coordina nel sistema, senza presentare troppe difficoltà esegetiche. La procedura di licenziamento dell'art. 22 della Legge 4 maggio 1977, n. 23, garantisce, nei confronti del datore di lavoro, il principio della indisponibilità di qualsiasi collocamento dei lavoratori subordinati nella azienda. Trovano così applicazione, anche nella distribuzione dei licenziamenti, quei principi cui si ispirano le procedure instaurate dall'art. 6 e seguenti della Legge 11 dicembre 1979, n. 83, e soprattutto le formalità e i divieti posti per l'assunzione dei lavoratori subordinati, previste dal successivo art. 13. Agli stessi principi si ispira poi l'opzione del lavoratore dipendente da esercitarsi ex art. 23 della stessa Legge 4 maggio 1977, n. 23.

4) Premesso che l'attore non contesta la possibilità dell'azienda di procedere ad una riduzione dell'organico attuata con lo strumento del licenziamento del personale, le eccepite "esigenze tecniche aziendali" non sono in grado da sole di giustificare il licenziamento di un operaio qualificato, quando sono presenti in organico operai aventi la stessa qualifica e ai quali non sono affidate particolari e speciali mansioni.

**La chiusura di un settore o reparto della azienda stessa é da ritenersi esigenza tecnica aziendale perfettamente compatibile con l'applicazione del requisito della anzianità tra dipendenti aventi uguali qualifiche e carenti di speciali mansioni.**

Per legge il requisito della anzianità nel servizio deve comunque trovare applicazione per primo.

Le mansioni svolte dai dipendenti non licenziati non possono ritenersi essenziali. Da parte del convenuto non è stata data prova alcuna, che l'organizzazione aziendale in altri settori abbia una lavorazione talmente complessa da richiedere soltanto una alta specializzazione nelle mansioni dei suoi operai.

In ogni caso però la suddetta prova sarebbe sempre in contrasto con la presenza in organico di operai soltanto qualificati.

Nell'organico aziendale la presenza di altri operai, aventi la stessa qualifica del licenziato, induce invece a ritenere che l'attore é da considerare come un dipendente comunque utilizzabile, anche in altre lavorazioni. Pertanto "nell'ordo", con cui si è proceduto al licenziamento da parte convenuto, non può essere disatteso il requisito della anzianità, imposto dalla legge.

5) Il licenziamento dell'attore pertanto è stato posto in essere dal convenuto senza che ricorrano gli estremi della giusta causa, né siano adducibili giustificati motivi.

Trova quindi applicazione l'art. 13 della ricordata Legge 4 maggio 1977, n. 23, che espressamente recita: "Il Magistrato del Lavoro, quando abbia accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, dichiara nullo il licenziamento stesso e ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro immediatamente o comunque entro il termine di tre giorni

dalla data in cui la sentenza è divenuta esecutiva. In tal caso il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore la retribuzione dovutagli in virtù del rapporto di lavoro, dal momento in cui è stato intimato il licenziamento fino a quello della reintegrazione. Se il lavoratore entro gli otto giorni successivi al ricevimento dell'invito formulato dal datore di lavoro non riprende servizio, il rapporto si intende risolto, salvo casi di forza maggiore”.

Accogliendo la domanda proposta dall'attore si deve altresì riconoscere la richiesta di compensazione, tra quanto l'attore stesso ha già percepito nel periodo che intercorre tra il licenziamento e la reintegrazione nel lavoro.

Le spese e gli onorari di causa seguono il principio della soccombenza e devono essere posti a carico del convenuto.

## 29.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 3 giugno 1991.

Gianni Donatello (Avv. L. Bacciocchi) : Concorso giudiziale dei creditori di Pedini Fabio ed altri (Avv. G.B. Reffi) – Causa n. 150, anno 1989.

### **Concorso dei creditori – Opposizione ai titoli di credito insinuati – Sentenza di ammissione e graduazione dei crediti insinuati – Credito privilegiato per prestazioni professionali.**

*Nella procedura concorsuale è ammessa l'opposizione ai titoli di credito insinuati ancora prima che il creditore abbia presentato il progetto di ammissione e graduazione dei crediti stessi.*

*Sull'opposizione il magistrato decide con provvedimento che ha soltanto carattere ordinatorio.*

*Depositato il definitivo progetto di graduazione del curatore, le cause di opposizione ai crediti si svolgono con la procedura ordinaria ed il Commissario della legge in esse emette sentenza, avverso la quale è ammesso il mezzo ordinario di impugnazione dell'appello.*

*Ai professionisti è accordato il privilegio per gli oneri relativi alle prestazioni eseguite nei dodici mesi antecedenti all'apertura del concorso.*

---

## FATTO

Con istanza avanzata in data 6 giugno 1989 l'avv. Gianni Donatello espose:

- 1) di avere regolarmente insinuato il proprio credito privilegiato per prestazioni professionali, ammontante a lire 95.100.000=, nella procedura di concordato proposto dal dott. Fabio Pedini, in proprio ed in nome della società da lui rappresentata;
- 2) il curatore della procedura dott. Aldo Simoncini, nella relazione estesa in data 8 maggio 1989 esclude il credito vantato dall'istante ritenendolo non sufficientemente documentato;



3) il Commissario della Legge, con decreto 8 maggio 1989, aprì il giudiziale concorso dei creditori della società di fatto costituita dal Pedini e dalle società da lui rappresentate, con l'espressa dichiarazione "che le insinuazioni dei crediti già depositate mantengono piena efficacia anche nell'ambito del giudiziale concorso dei creditori",

4) di vantare pertanto nei confronti del concorso giudiziale dei creditori il credito privilegiato nell'ammontare insinuato.

Quanto sopra esposto, l'attore avv. Gianni Donatello convenne avanti a questo Tribunale il giudiziale concorso dei creditori della società di fatto Pedini – Sotecsca, in persona del curatore dott. Simoncini Aldo, per sentire condannare la procedura concorsuale all'integrale pagamento in favore di esso attore della somma di lire 95.100.000=, con diritto di precedenza sui creditori chirografari.

Nell'udienza all'uopo fissata l'attore riprodusse l'istanza introduttiva del giudizio ed il convenuto concorso si costituì a mezzo di procuratore. Nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi documenti prodotti dalla parte attrice; si autorizzò l'allegazione agli atti di copia dell'insinuazione avanzata dall'attore nel giudiziale concorso dei creditori; venne esaminato in qualità di teste il dott. Pedini Fabio (nell'udienza del 29 marzo 1990). Trascorso il termine ad allegare, aperto con decreto 20 novembre 1990, nell'udienza del 31 gennaio 1991 i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le memorie conclusionali e sono addivenuti alla irrotulazione della causa che, nella stessa data, è stata posta in pro servato. Il procuratore della parte convenuta richiede che l'istanza attrice sia respinta in quanto proceduralmente inammissibile ed in ogni caso non provata ed infondata in quanto al preteso privilegio.

## DIRITTO

Eccepisce, in via preliminare, il procuratore della parte convenuta, nella memoria conclusionale, l'inammissibilità dell'opposizione proposta dall'attore nei confronti della relazione estesa in data 8 maggio 1989 dal curatore della procedura, dapprima concordataria e successivamente concorsuale, nel punto in cui il credito privilegiato vantato dall'attore stesso non è stato ricompreso nella massa passiva concorsuale, per essere stato ritenuto non sufficientemente documentato.

L'eccezione è infondata e va pertanto disattesa.

**L'art. 12 della Legge concorsuale 15 novembre 1917 nr. 17 ammette "le opposizioni ai titoli di credito insinuati anche d'ufficio" ancor prima che il curatore della procedura abbia presentato il progetto di ammissione e di graduazione dei crediti stessi. Il successivo art. 14 dispone che "le cause di opposizione ai crediti si svolgono con la procedura ordinaria". La Legge, infine, agli artt. 15 e 16, prescrive che, depositato in Cancelleria il definitivo progetto di graduatoria del curatore, il Commissario della Legge emette sentenza di ammissione e graduazione dei crediti insinuati, "la quale è appellabile nel termine perentorio di dieci (ora trenta) giorni continui dalla sua pubblicazione".**

Tutto ciò è in piena aderenza e coerenza ai **precetti del diritto comune** qui vigente e della costante giurisprudenza a norma dei quali:

**1) il gravame, al quale sono sottoponibili gli atti ed i provvedimenti, che hanno soltanto carattere ordinatorio e che il diritto comune definisce come strumentali, è l'opposizione allo stesso Giudice che ha emanato il provvedimento o, come nel caso di specie, ratificato l'atto del curatore della procedura concorsuale;**

**2) contro la sentenza, che è decisione emessa quale risultato di una investigazione formalmente svolta, attraverso un preciso rito che è posto a garanzia delle parti, il mezzo ordinario di impugnazione è l'appello.**

Eccepisce, in secondo luogo, il procuratore della parte convenuta, sempre nella memoria conclusionale, che con decreto 11 ottobre 1989, emesso in corso di causa, è stata autorizzata l'ammissione di copia dell'insinuazione avanzata dall'attore nella procedura concorsuale, ma la parte attrice non ha provveduto alla materiale allegazione al fascicolo del documento ammesso e pertanto dello stesso non può essere tenuto alcun conto ai fini della decisione.

Anche tale eccezione è infondata e va pertanto respinta.

La presente causa è stata instaurata il 6 giugno 1989 e pertanto dopo l'entrata in vigore della Legge 19 gennaio 1989 nr. 5, che all'art. 2 dispone: "a norma delle rubriche VI paragrafo 112 e XIX paragrafo 226 del libro II delle Leges Statutae, **i documenti prodotti in giudizio sono immediatamente allegati al fascicolo di causa, riservando al definitivo ogni giudizio sulla loro effettiva ammissibilità, proponibilità ed influenza**". Conferma nuovamente la legge al successivo art. 3 nr. 6 che **i documenti prodotti sono senz'altro allegati al fascicolo, disponendo altresì che le istanze di ammissione dei mezzi di prova non devono essere notificate alla controparte, come in precedenza era consuetudine procedurale, affinché la parte stessa potesse eccepire contro i medesimi secondo il suo interesse.**

Pienamente fondata è invece l'eccezione di parte convenuta in merito all'inesistenza del privilegio preteso dall'attore, qualunque sia o possa essere la fondatezza ed il reale ammontare del credito dallo stesso insinuato.

Ai sensi della Legge 4 maggio 1979 nr. 21 **è concesso il privilegio**, di cui all'art. 17 della Legge ipotecaria, **ai professionisti per le prestazioni eseguite nei dodici mesi antecedenti all'apertura della procedura concorsuale.** Il "preavviso di parcella" allegato dall'avv. Gianni Donatello all'insinuazione del credito reca la data del 18 marzo 1987 e chiaramente precisa che l'onorario è richiesto per prestazioni professionali svolte nel periodo di circa dodici mesi antecedenti alla data predetta.

**Per diritto sammarinese, il giudiziale concorso dei creditori consegue alla liquidazione generale dei beni del comune debitore, sia essa volontaria, per la spontanea cessione fattane dallo stesso debitore, sia essa coatta, in quanto aperta ad istanza dei creditori.**

Nel caso presente, la liquidazione generale dei beni dei disestati Pedini Fabio, S.A. Sotecs, S.r.l. Sotecs, S.r.l. Società di Ingegneria Geotecnica è stata disposta con decreto 16 gennaio 1989 (registrata nella stessa data al N. 157 Vol. 199 del Registro di formalità) con espressa e contestuale dichiarazione di scadenza di tutti i debiti.

I documenti allegati dall'avv. Gianni all'insinuazione provano senza ombra di dubbio che le prestazioni professionali sono state tutte effettuate in data notevolmente antecedente a quella del 16 gennaio 1988. Pertanto, ove sussista, può unicamente ammettersi in favore dell'insinuante ed attore avv. Gianni Donatello un credito chirografario.

Nella memoria conclusionale, il procuratore dell'attore pone nel giusto rilievo che la giurisprudenza sammarinese ha costantemente ed autorevolmente confermato i principi seguenti:

1) le obbligazioni inerenti all'esercizio di una attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultati, in quanto il professionista, assumendo l'incarico,

si impegna a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato sperato, ma non a conseguirlo;

2) è obbligo del committente di retribuire l'opera prestata o nella misura concordata, o nella misura stabilita dalle leggi, dai tariffari o dagli usi.

E' più che ovvio che della validità di tali principi questo Giudice non dubita minimamente. Non può seguirsi invece il procuratore dell'attore quando afferma che quantificare l'ammontare di un credito spettante ad un professionista è sempre difficile e che ancora maggiori difficoltà si incontrano quando si tratta di determinare il corrispettivo dovuto per prestazioni giudiziarie e stragiudiziarie di un avvocato.

Le prospettate difficoltà non sussistono o perlomeno sono facilmente sormontabili ove si applichino concretamente i chiari principi di diritto comune. Questo giudice, con sentenza emessa in data 9 gennaio 1989<sup>76</sup>, passata in giudicato (nella causa civile sommaria nr. 91 dell'anno 1988 relativa alla determinazione dell'onorario spettante ad un avvocato) ha affermato:

**“E' comunissima nozione che, in base al rapporto giuridico nascente dal contratto di mandato (o meglio, secondo altra teoria, di locazione d'opera), il professionista ha diritto al congruo, legale compenso per l'opera prestata”.** Nel caso di specie il giusto compenso si determina non solo a tenore delle leggi 1° dicembre 1967 n.50, 28 aprile 1982 n.42, del Decreto Reggenziale 27 febbraio 1985 n.23, ma anche e soprattutto (in particolare per l'assoluta mancanza di precedenti giurisprudenziali) ampiamente avvalendosi della ricca classificazione elaborata dai giuristi classici che si sono occupati di questa materia. Secondo essi, **l'onorario nelle professioni liberali ha queste basi:**

- 1) **ex ipsa laboris natura atque ratione** (dal genere e dalle particolari difficoltà dell'opera);
- 2) **ex qualitate personae** (dalla qualità e dal valore del professionista);
- 3) **il tempo impiegato dal professionista per giungere ad esercitare la sua professione;**
- 4) **il grado di comodità e di aggradevolezza della professione;**
- 5) **la specialità rivendicata da chi esercita quella determinata professione;**
- 6) **la ordinarietà o straordinarietà della prestazione.**

**E' facile vedere come tutti questi elementi rientrano esattamente in quelli sopra considerati: importanza della professione e dell'opera, valore del professionista, effetto utile della prestazione.**

**Di tutti questi elementi può e deve valersi chi è chiamato a liquidare gli onorari dovuti ad un avvocato. Naturalmente il legislatore si preoccupa maggiormente di quello che è l'elemento più sensibile: il valore della causa, lo studio ed il tempo occorrente all'avvocato. Ma le espressioni usate dalla legge indicano chiaramente che il legislatore ammette l'esistenza di altri elementi dell'onorario e solo richiama l'attenzione di chi deve liquidarlo a quello che ha una speciale importanza e una più concreta manifestazione nei riguardi della ripetibilità. Questo Giudice pertanto nella liquidazione dell'onorario tiene conto di tutti quegli elementi che possono aiutarlo nella ricerca del vero e del giusto, oltre che della pratica del foro, che considera l'onorario, schiettamente e semplicemente, come il prezzo dell'opera dell'avvocato (“pro modo quidem litis et fori consuetudine ...secundum jus civile ... secundum curiae**

<sup>76</sup> V. la decisione di primo grado 9 gennaio 1989, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, pag. 1434 s..

cuiusque praescriptum usumque inveteratum, taxatione iudicum, si desideratur, diminuenda quantitate”: Voet, Comm. Ad. Pand., Venetiis 1827, lib. III, tit. I, parag. 6).

**Sopra ad ogni altra considerazione, deve farsi il più ampio ricorso al criterio dell'equità, affinché mai si verifichi quanto temuto già da Ulpiano “quedam tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur” (D. 50, 13, 1, 5).**

La documentazione estremamente esigua (che tale è e tale resta, anche se il procuratore dell'attore inutilmente si affanna a definirla “dettagliata e voluminosa”) non apporta al vaglio del Giudice alcun nuovo elemento in aggiunta a quelli già desumibili dai documenti allegati all'insinuazione: continua l'attore ad accennare a riunioni ed incontri presso il Ministero degli Affari Esteri Italiano, a riunioni ed incontri presso la Direzione del Banco di Roma, ad un contratto con la Conaco “che è necessario continuare a seguire” (affermazione inconcepibile nell'attuale fallimentare situazione). Nessuna specificazione viene fornita in merito al valore delle pratiche trattate e delle cause seguite ed istruite ed in ordine al tempo impiegato dal professionista nello studio delle pratiche e delle cause stesse e nelle riunioni ed incontri, non esiste alcun riferimento dal quale possano desumersi gli effetti utili delle prestazioni professionali. Tutto ciò conferma il giudizio, sostanzialmente negativo, sull'opera professionale dell'attore espresso dal dottor Fabio Pedini il quale, sottoposto ormai alla procedura concorsuale, non può essere ritenuto sospetto, non essendo più titolare di alcun interesse per propendere per l'una piuttosto che per l'altra parte. Ha dichiarato il Pedini: “L'avv. Gianni Donatello ha svolto per conto della società Sotecsna una consulenza in collaborazione con l'amministratore ed il direttore generale per la soluzione del contenzioso denominato Conaco Astaldi ... Si è occupato di alcune pratiche minori legali e non professionali per conto sempre del gruppo delle società. Non ha mai provveduto ad inviare una regolare fattura delle sue prestazioni che comunque a mio avviso non dovrebbero superare l'ordine di grandezza di qualche milione. Oltretutto il contratto citato riguardante opere di ingegneria da realizzarsi in Angola a tutt'oggi non risulta anche essere esecutivo. Non corrisponde a verità che siano stati verbalizzati ordini od incarichi dell'amministratore, specificando che il direttore non aveva alcun potere di assegnare incarichi. In particolare preciso di non essere mai entrato in possesso delle relazioni alle quali accenna l'avv. Gianni nei documenti prodotti in atti e che mi vengono rammostrati. Le prestazioni dell'avv. Gianni sono state svolte durante l'anno 1987”.

In tale situazione, non resta, come più sopra già si è detto, che fare il più ampio ricorso al criterio dell'equità e pertanto, sulla base del criterio stesso e dei vaghi elementi desumibili dagli atti di causa, si decide in definitiva di determinare nella somma di lire dieci milioni il credito dell'attore avv. Gianni Donatello per prestazioni professionali. Anche già si è detto che il credito è di natura chirografaria. Sulla predetta somma sono dovuti gli interessi, alla legale ragione del sette per cento dal 18 marzo 1987 (data del preavviso di parcella che benevolmente può ritenersi costituzione in mora) al 16 gennaio 1989 (data di apertura della procedura di liquidazione dei beni).

Sempre in via di equità, prescindendo quindi dalla sostanziale e pressochè totale soccombenza dell'attore, si decide di dichiarare compensate per metà le spese del giudizio, mentre la residua metà va posta a carico dell'attore medesimo.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 4 giugno 1991.

Agatiello Teodosio ed altri (Avv. L. Bacciocchi) : Concorso giudiziale dei creditori di Pedini Fabio ed altri (Avv. G.B. Reffi) – Causa n. 151, anno 1989.

**Concorso dei creditori – Credito privilegiato per prestazioni di lavoro subordinato.**

*E' limitato al semestre il privilegio per i crediti dei lavoratori dipendenti, sono cioè coperte da privilegio le retribuzioni maturate e non rimosse negli ultimi sei mesi precedenti la data dell'apertura del concorso.*

---

**FATTO**

Con istanza avanzata in data 6 giugno 1989 gli attori esposero:

- 1) di avere, quali prestatori di lavoro subordinato, regolarmente insinuato il proprio credito privilegiato, ammontante complessivamente a lire 41.989.355=, nella procedura di concordato proposto dal dott. Fabio Pedini, in proprio ed in nome delle società da lui rappresentate;
- 2) il curatore della procedura dott. Simoncini Aldo, nella relazione estesa in data 8 maggio 1989 ritenne ed ammise semplicemente come chirografario il credito vantato dagli istanti;
- 3) il Commissario della Legge, con decreto 8 maggio 1989, aprì il giudiziale concorso dei creditori della società di fatto costituita dal Pedini e dalle società da lui rappresentate, con l'espressa dichiarazione "che le insinuazioni dei crediti già depositate mantengono piena efficacia anche nell'ambito del giudiziale concorso dei creditori";
- 4) di vantare pertanto nei confronti del concorso giudiziale dei creditori il credito privilegiato nell'ammontare insinuato.

Quanto sopra esposto, gli attori Agatiello Teodosio, Bacciocchi Gilberto, Berardi Fabio, Giordani Letizia, Tentoni Marcella convennero avanti a questo Tribunale il giudiziale concorso dei creditori della società di fatto Pedini – Sotecs, in persona del curatore dott. Simoncini Aldo, per sentire condannare la procedura concorsuale all'integrale pagamento in favore di essi attori della complessiva somma di lire 41.989.355=, con diritto di precedenza sui creditori chirografari.

Nell'udienza all'uopo fissata gli attori riprodussero l'istanza introduttiva del giudizio ed il convenuto concorso si costituì a mezzo di procuratore.

Nei rituali termini di prova e controprova si autorizzò l'allegazione agli atti di copia dell'insinuazione, unitamente ai documenti allegati, avanzata dagli attori nel giudiziale concorso dei creditori; venne esaminato il teste Nicolini Luciano (nell'udienza del 30 novembre 1989) ed espletato l'interrogatorio a chiarimento del dott. Fabio Pedini (nell'udienza dell'8 marzo 1990). Trascorso il termine ad allegare, aperto con decreto 24 ottobre 1990, nell'udienza del 24 gennaio 1991 i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le memorie conclusionali e sono addivenuti alla irrotulazione della causa che nella stessa data, è stata posta in pro servato. Il procuratore degli attori conclude richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione. Il procuratore della parte

convenuta richiede che l'istanza attrice sia respinta in quanto proceduralmente inammissibile ed in ogni caso non provata ed infondata in quanto al preteso privilegio.

## DIRITTO

(omissis)

Pienamente fondata è invece l'eccezione di parte convenuta in merito all'inesistenza del privilegio preteso dagli attori.

Nella seconda edizione (anno 1967) del "Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese" del Commissario della Legge Avv. Torquato Carlo Giannini, questo Giudice aggiunse al testo della prima edizione (anno 1901, nel quale ovviamente ancora non era in vigore la Legge Concorsuale nr. 17 dell'anno 1917) della "Lezione Dodicesima" il capitolo nr. 5 intitolato "Del concorso dei creditori", elaborato attenendosi con il più strenuo rigore alla costante giurisprudenza di mezzo secolo.

*Per quanto riguarda la fattispecie, al paragrafo IX di detto capitolo può leggersi:*

*"Il nr. 3 dell'art. 17 della Legge Ipotecaria concede il privilegio alle "persone di servizio per gli ultimi sei mesi". A stretto rigore, le "persone di servizio" comprendono unicamente coloro che prestano l'opera loro al debitore od alla sua famiglia mediante una mercede (domestici, portieri, autisti e simili). Tuttavia, motivi di equità ed umanità, come replicatamente affermato dalla locale giurisprudenza, giustificano l'estensione di tale privilegio agli operai ed agli impiegati che prestano continuato servizio alle dipendenze del fallito con regolare contratto di lavoro ai sensi della Legge 17 gennaio 1961 nr. 7 ... Tale privilegio deve comprendere non solo il salario, o lo stipendio, ma anche tutte le indennità previste dalla Legge 17 febbraio 1961 nr. 7 (per riposo settimanale e festivo, ferie annuali, gratifica natalizia, festività nazionali, indennità di anzianità) ... La Legge concede il privilegio per gli ultimi sei mesi di salario. Si discute da quale momento deve iniziarsi il conteggio a posteriori dei sei mesi. L'opinione prevalente ritiene che il punto di partenza debba essere, nel caso di fallimento, la data di apertura del concorso stesso, poiché è questo il momento in cui il privilegio deve essere messo in azione ed esercitato, e cioè fatto valere sulle ragioni di altri creditori. In questo senso si è pronunciata la locale giurisprudenza ed anche quella italiana (confr. Cass. Ital. 26 giugno 1958, nr. 2276), in conformità all'art. 2 della Legge francese 17 giugno 1919 che specifica che le somme dovute "a tous ceux qui louent leurs services" sono privilegiate per "les six mois qui ont précédé l'ouverture de la liquidation judiciaire ou la faillite" ... Si presenta anche la questione se, quando la cessazione del rapporto di lavoro è avvenuta prima dei sei mesi e l'interessato abbia invano sollecitato il pagamento di quanto a lui dovuto, il decorso del periodo di tempo stabilito dalla legge debba restare sospeso od interrotto. Si ritiene che i sei mesi stabiliti dalla legge abbiano, per la perdita del privilegio, il carattere di decadenza e che, perciò, gli inviti ed i solleciti al pagamento non abbiano efficacia sospensiva od interruttiva. D'altra parte, nemmeno l'esistenza della moratoria può essere causa di sospensione o di impedimento alla decadenza per il tempo in cui la moratoria stessa è durata".*

Con successive sentenze, emanate anche da chi scrive, ribadito il principio "vigilantibus non dormientibus jura succurrunt", è stato affermato che, in particolare **nel caso in cui il rapporto di lavoro sia cessato in data antecedente ai sei mesi precedenti l'apertura della procedura concorsuale, .... il creditore, per la conservazione del privilegio, è**

**in obbligo di attenersi a quanto prescritto dagli artt. 48 e 49 della Legge Ipotecaria che rispettivamente dispongono:**

**il primo: “l’unico ed esclusivo mezzo per conservare sopra i beni immobili tanto i privilegi, quanto le ipoteche, si è la loro iscrizione nei registri pubblici dell’Ufficio d’Ipotecche posto in San Marino, presa nei tempi, modi e forme che appresso”;**

**il secondo: “non è ammesso né riconosciuto alcuno equipollente per conservare i privilegi e le ipoteche, fuori della detta iscrizione; in modo tale che nonostante la esistenza del privilegio e della ipoteca, il credito rispettivamente privilegiato o ipotecario, quando non sia iscritto, e finché non è iscritto, rimane, e di fronte al debitore e di fronte ai terzi, come un semplice credito chirografario; ed i beni immobili che investirebbe rimangono liberi ed esenti come se il privilegio e l’ipoteca non fossero mai sussistiti”.**

Di tutto quanto sopra esposto la più autorevole conferma si trae dalla sentenza 11 marzo 1967 emessa dal Giudice delle Appellazioni Prof. Avv. Guido Astuti (nella causa nr. 392 dell’anno 1964 – Giur. Samm., anni 1964-1969, pag. 177). In merito allo specifico oggetto del presente giudizio, l’Ecc.mo Giudice delle Appellazioni così decise: “Sul secondo punto deve invece confermarsi senza riserve la interpretazione data dal Tribunale Commissariale. Non ignoriamo un recente indirizzo della giurisprudenza italiana, per cui il privilegio a favore dei prestatori di lavoro subordinato dovrebbe applicarsi alle retribuzioni dovute per i sei mesi anteriori alla cessazione del rapporto di lavoro, indipendentemente dal momento in cui il credito è fatto valere in via esecutiva, o è dichiarato il fallimento. Ma una siffatta interpretazione non è consentita dal chiaro testo all’art. 17 n.3 della legge ipotecaria sammarinese, ove la formula “ultimi sei mesi dei loro salari” si riferisce incontestabilmente al semestre precedente l’esecuzione o l’apertura del concorso giudiziale, come conferma, senza possibilità di dubbio, la disposizione del susseguente n.4, con cui viene concesso eguale privilegio ai creditori per somministrazioni alimentari “degli ultimi sei mesi precedenti la morte o la decozione del debitore”. Anche il Codice di commercio italiano del 1882, all’art. 773, accordava il privilegio per i salari dovuti “per i sei mesi che hanno preceduto la dichiarazione del fallimento”; ed analoghe disposizioni ricorrono nella legislazione francese, ricordata dalla sentenza del Tribunale. Né giova agli appellanti richiamarsi al principio della par condicio creditorum: sia perché questo principio non ha valore assoluto nella disciplina del fallimento o concorso tanto per diritto comune quanto per diritto statutario sammarinese, come dimostra proprio il regime delle prelazioni o privilegi per speciali ragioni di credito, sia perché il principio della parità di trattamento di tutti i creditori si realizza necessariamente – secondo una ineliminabile esigenza di certezza del diritto – con il puntuale riferimento a determinati momenti temporali, quali tipicamente è la data di apertura del concorso, come il momento in cui il privilegio deve essere esercitato, ossia fatto valere di fronte alle ragioni degli altri creditori, come ha giustamente osservato il Tribunale. Nemmeno giova il richiamo ai motivi sociali che postulano maggior protezione ai lavoratori, perché, come è stato ricordato dall’appellato Concorso, la legge ipotecaria sammarinese offre adeguato strumento giuridico, consentendo ai lavoratori la possibilità di iscrivere tempestivamente il privilegio sugli immobili del datore di lavoro per i loro crediti, con la semplice esibizione al Conservatore di una loro fattura o notula firmata e registrata, giusta il disposto dell’art. 51”.

Può unicamente aggiungersi che è da ritenersi inconferente e da censurare il riferimento del procuratore degli attori a disposizioni di legislazioni straniere, poiché il Magistrato

sammarinese deve risolvere ogni questione alla stregua della “lex fori”, non essendo ad esso Magistrato consentito di applicare leggi diverse da quelle dello Stato a cui appartiene.

Per diritto sammarinese, il giudiziale concorso dei creditori consegue alla liquidazione generale dei beni del comune debitore, sia essa volontaria, per la spontanea cessione fattane dallo stesso debitore, sia essa coatta, in quanto aperta ad istanza dei creditori.

(omissis)

### 31.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 7 giugno 1991.

Terenzi Gianfranco (Avv. G.L. Berti) : Zafferani Luciano e Raimondo (Avv. M. Micheloni) – Causa n. 106, anno 1987<sup>77</sup>.

#### **Servitù – Costituzione – Azione negatoria.**

*La servitù si costituisce ed acquista in quattro modi: a) per patto o convenzione; b) per disposizione di ultima volontà; c) per sentenza giudiziale; d) per usucapione o prescrizione.*

*L'azione negatoria tende a far riconoscere la libertà del fondo e ad escludere perciò la servitù che altri pretende di esercitare sul medesimo.*

*L'azione si propone dal proprietario del fondo sul quale si vuole esercitare la servitù, contro il proprietario del fondo a cui profitto la servitù stessa si intende di esercitare.*

---

### FATTO

Con istanza avanzata in data 8 maggio 1987 il signor Terenzi Gianfranco espone:

1) di avere acquistato dal signor Berti Giuliano, in data 10 gennaio 1979, il terreno distinto al catasto fabbricati al foglio 4 col. nr. 316, confinante con la proprietà Zafferani;

2) di avere, prima dell'acquisto, verificato che il terreno era immune da servitù, pesi e vincoli;

3) a seguito di verifica della linea di confine, risultò che la strada di accesso all'immobile di proprietà dei signori Zafferani Luciano e Raimondo occupava per diversi metri il terreno di proprietà di esso Terenzi, impedendogli di poter recintare l'intera sua proprietà e limitandogli l'ampio esercizio del diritto di proprietà;

4) Zafferani Luciano e Raimondo diffidarono il Terenzi di compiere opere nel tratto di strada relativa alla loro proprietà, rifiutandosi di esibire al Terenzi il titolo comprovante la costituzione di servitù a carico della proprietà dell'istante;

---

<sup>77</sup> Confermata con la decisione di secondo grado del 29 dicembre 1993; vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 31.



5) l'istante fu pertanto costretto a sospendere i lavori di recinzione, subendo quindi danni per l'aggravio dei costi.

Quanto sopra esposto, Terenzi Gianfranco convenne avanti a questo Tribunale Zafferani Luciano e Zafferani Raimondo per sentire dichiarare libero da servitù ed oneri di passaggio l'immobile di sua proprietà e per sentire condannare i convenuti al risarcimento dei danni conseguenti alla limitazione della proprietà ed alla interruzione dei lavori di recinzione, ordinando altresì ai convenuti di provvedere all'eliminazione di ogni opera effettuata sulla proprietà di esso attore.

Nell'udienza all'uopo fissata l'attore riprodusse l'istanza introduttiva del giudizio ed i convenuti si costituirono a mezzo di procuratore.

Nei rituali termini di prova e controprova si ammisero documenti prodotti da ambedue le parti in causa; venne espletato il giudiziale contraddittorio tra le parti stesse; vennero esaminati i testi Belloni Mario, Berti Giuliano, avv. Selva Alvaro. Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le memorie conclusionali. Il procuratore dell'attore conclude richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione. Il procuratore dei convenuti richiede che l'istanza attrice sia respinta in quanto infondata ed in quanto non provata in merito ai pretesi danni.

## DIRITTO

Con il presente giudizio, l'attore Terenzi Gianfranco esperisce nei confronti dei convenuti Zafferani Luciano e Raimondo l'azione negatoria per sentire riconoscere la libertà da ogni peso e vincolo dell'immobile di sua proprietà, sito in Serravalle, distinto al Catasto Fabbricati al Foglio 4 col. nr. 316.

**L'azione negatoria (actio negatoria, negativa in rem actio, vindicatio libertatis) è accordata al proprietario contro quelle lesioni od usurpazioni del suo diritto di proprietà che, senza privarlo del possesso della cosa, turbano tuttavia l'esercizio di quel diritto. In ispecie, tale azione tende a far riconoscere la libertà del fondo e ad escludere perciò le servitù che altri pretenda di esercitare sul medesimo. L'azione si propone dal proprietario del fondo sul quale si vuol esercitare la servitù contro il proprietario del fondo a cui profitto la servitù stessa si intende di esercitare.**

**L'attore deve dimostrare:**

- 1) la proprietà della cosa;**
- 2) la lesione recata dal convenuto.**

Sostengono alcuni autori che l'attore deve provare, oltre che la sua proprietà (per la quale non si richiede una prova rigorosa e assoluta, come nell'azione di rivendicazione, perché il dominio è condizione remota, né la lite verte propriamente su di esso) anche la non esistenza del diritto del convenuto. Tale tesi deve ritenersi completamente errata e da respingere, poiché tale opinione è in diretta contraddizione con le fonti e con la natura giuridica dell'azione negatoria, la quale ha per fondamento il diritto di proprietà (Dig. 5, 7, 6; 7, 43, 20; 10, 4, 24).

Altri autori, seguendo una teoria intermedia, vorrebbero imporre detta prova all'attore, nel solo caso in cui il convenuto sia nel possesso del diritto o della servitù che si arroga, ma anche tale teoria urta contro il principio che il diritto di proprietà implica in sé la facoltà di escludere ogni ingerenza altrui. **Spetta quindi al convenuto la dimostrazione di aver diritto di esercitare la servitù contestata e negata dall'attore.**

Nel caso presente, la proprietà dell'attore dell'immobile di cui pretende la libertà è pienamente provata dalla prodotta copia autentica del pubblico atto rogato in data 10 gennaio 1979 dal notaio sammarinese avv. Giuseppe Lonfernini, con il quale il signor Terenzi Gianfranco ha acquistato da Berti Giuliano l'immobile di cui si tratta.

E' altresì pacifica e documentata l'avvenuta esecuzione della strada di accesso alla proprietà Zafferani, che impedisce all'attore di procedere al completamento della recinzione dell'immobile di sua proprietà.

Resta ora da decidere se i convenuti abbiano dimostrato il preteso diritto alla servitù.

**Le servitù, nel diritto comune qui vigente, si possono costituire ed acquistare in quattro modi:**

- 1) **per atto o convenzione;**
- 2) **per disposizione di ultima volontà;**
- 3) **per sentenza giudiziale;**
- 4) **per usucapione o prescrizione** (Richeri, Univ. Jurisp., Lib. II, Tit. III, Cap. I, Parag. 906).

Dei tre ultimi modi di acquisto non ricorrono gli estremi. I convenuti quindi fanno fondamento sul primo.

E' opportuno ripetere ancora una volta che, anche se nel processo di formazione della prova può farsi ricorso ad "argumenta et indicia" di particolare rilevanza, il principio dell'onere della prova comporta l'obbligo di portare all'attenzione del Giudice elementi di fatto concludenti, piene prove e non semplici ipotesi. In applicazione di tale principio, deve e può affermarsi serenamente che i convenuti non hanno fornito prova alcuna. (omissis)

### 32.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 12 giugno 1991.

Fattori Gian Italo (Avv. G.B. Reffi) : Arzilli Giuseppe (Avv. A.S. Belluzzi) – Causa n. 57, anno 1986.

**Responsabilità "ex quasi delicto" – Prevedibilità del danno – Danno risarcibile – Onere probatorio.**

*Chi non osserva le norme che la comune prudenza consiglia, allo scopo di evitare danni a terzi, incorre in colpa, in responsabilità ex quasi delicto.*

*La prevedibilità del danno è necessaria nella colpa contrattuale, non in quella extracontrattuale.*

*Ogni danno è risarcibile, pure mediato o indiretto, anche se si riannoda al fatto illecito con vincolo di sola occasionalità.*

---

### FATTO

Con istanza avanzata in data 13 marzo 1986 il signor Fattori Gian Italo espose:

1) il signor Arzilli Giuseppe realizzò la strada di accesso alla sua proprietà, sita in Via Giovanni di Simone delle Penne della Città di San Marino, occupando, debitamente autorizzato, una porzione di terreno di proprietà dell'istante;

2) in data 8 maggio 1986 il muro di sostegno e di contenimento realizzato dall'Arzilli crollò, provocando un grave smottamento nella proprietà Fattori, con danni alla proprietà stessa e ad autovetture in sosta di proprietà altrui;

3) al fine di evitare ulteriori possibili danni l'istante provvide a far eseguire un provvisorio riassetto della zona;

4) non intendendo l'Arzilli riconoscere ed assumersi le proprie responsabilità, l'istante si trovò costretto ad adire le vie giudiziarie;

Quanto sopra esposto Fattori Gian Italo convenne Arzilli Giuseppe avanti a questo Tribunale per sentire riconoscere l'esclusiva responsabilità del convenuto in relazione ai fatti esposti e per sentire condannare il convenuto stesso al risarcimento dei danni causati all'attore e ad altri.

Con istanza avanzata in data 12 giugno 1986 i signori Belluzzi Daniela ed Arzilli Michele esposero che, a seguito del crollo del muro di proprietà del Fattori, l'autovettura di proprietà della Belluzzi venne completamente distrutta, con un danno di lire 11.000.000=, mentre quella di proprietà di Arzilli Michele riportò danni per lire 730.000=. Convennero pertanto Fattori Gian Italo per sentirlo condannare al pagamento in loro favore delle predette somme.

Con decreto 30 novembre 1987 venne disposta l'unione delle due cause per una comune istruzione e decisione.

Nei rituali termini di prova e controprova: il perito giudiziario nominato geom. Francesco Valli depositò in atti la propria scritta e giurata relazione il 2 giugno 1987; venne eseguito accesso giudiziario sulla località; vennero ammessi documenti prodotti da tutte le parti in causa; vennero esaminati i testi Marani Andrea, Capicchioni Dante, Pelliccioni Leo Marino, Grandoni Ivo, Meloni Attilio. Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le memorie conclusionali. Il procuratore di Fattori Gian Italo concluse richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata nella citazione contro Arzilli Giuseppe, rinviando i definitivi accertamenti e quantificazione dei danni da esso Fattori subito a successiva fase di giudizio. I procuratori del convenuto Arzilli Giuseppe e degli attori Belluzzi Daniela e Arzilli Michele richiedono che la responsabilità dei fatti di cui è causa sia attribuita esclusivamente a Fattori Gian Italo con condanna dello stesso al risarcimento di ogni danno conseguente.

## DIRITTO

Con sentenza 12 aprile 1978 (emessa nella causa nr. 13 dell'anno 1974 – Giur. Samm., anni 1960-1980, pag. 414) il Commissario della Legge affermò: **“In effetti, con l'azione aquiliana si possono richiedere i danni che sono una conseguenza del dolo ovvero anche della colpa di altri: il termine “danno ingiusto” usato nell'epoca moderna traduce il “damnum iniuria datum” della lex Aquilia che Gaio fa derivare “dolo aut culpa”.**

**E' il caso di ricordare come il campo di applicazione di questa azione – in origine limitato al risarcimento della lesione materiale prodotta con la forza fisica (“corpore corpori”) – sia venuto in seguito gradualmente e notevolmente estendendosi, soprattutto attraverso l'attività dei pretori (“actio legis Aquiliae**

utilis”), fino a raggiungere in diritto giustiniano la sua massima ampiezza soggettiva ed oggettiva. L’azione perde così l’originario carattere penale; estende la propria tutela del solo danno emergente al lucro cessante; consegue oltre che alla “culpa in faciendo” altresì alla colpa per omissione, onde la circostanza imputabile può essere tanto un fatto quanto un non fatto (un “committere” quanto “omittere”); consegue altresì alla colpa più tenue: è universalmente noto che per il diritto comune, sulla base di uno sviluppo giurisprudenziale verificatosi già nell’età romano classica, “in lege Aquilia et levissima culpa venit” (Dig. 9, 2, 44). Infine, come si dirà più avanti a proposito del danno risarcibile, non è più requisito dell’azione che il danno sia una conseguenza diretta ed immediata del fatto colposo. Preliminare alla giuridica valutazione dei fatti di causa è, tuttavia, l’esame di una questione ampiamente discussa fra le parti in sede conclusionale: quale onere di prova gravi sull’uno e sull’altro dei soggetti del presente giudizio.

**Esiste un principio generalissimo secondo il quale chi vuol far valere un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti deve a sua volta provare i fatti sui quali l’eccezione si fonda. In caso di colpa, il principio trova tradizionalmente diversa applicazione secondo che sia colpa contrattuale oppure extra contrattuale.**

Nella colpa contrattuale, infatti, l’attore deve dimostrare l’esistenza dell’obbligazione su cui fonda la sua domanda e non anche la inesecuzione dell’obbligo da parte del convenuto: spetta a chi pretende di essere liberato provare il pagamento o il fatto che abbia in altro modo estinto la sua obbligazione. Nella colpa extra contrattuale, o Aquiliana, l’attore ha l’onere di provare non solo il fatto generatore dell’obbligazione ma anche la colpa del convenuto. Questo stesso magistrato ha indicato in numerose decisioni le fonti legislative e giurisprudenziali di quanto ora asserito.

E’ vero però – ed anche questo è stato detto più volte – che nessuna delle fonti ricordate stabilisce in modo esplicito che all’attore incombe l’onere di provare l’altrui colpa tanto da essere il convenuto del tutto essente dall’obbligo di discolarsi.

Ora, se è vero che a carico dell’autore del danno non esiste presunzione legale di colpa (se non in casi e modi particolari che qui non interessano), è vero anche che dal sistema probatorio caratterizzato dal principio generalissimo citato all’inizio discendono alcune conseguenze naturali. Fra queste, la seguente: come **nell’ipotesi di responsabilità contrattuale, provata l’obbligazione e provato l’inadempimento, si afferma universalmente che il debitore deve rispondere se non prova che l’inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile; così, nel nostro caso, provato il fatto e provato il danno, ne consegue la responsabilità dell’autore a meno che questi non provi l’assenza di ogni sua colpa e cioè la non imputabilità a lui di quel fatto e di quel danno. E’ vero inoltre che l’onere probatorio si distribuisce e grava su entrambi i soggetti in causa allorchè:**

1) a produrre il danno possa aver concorso la colpa di entrambe le parti: il diritto comune qui vigente e la locale giurisprudenza hanno sempre ammesso la concorrenza delle colpe e quindi la compensazione, totale o parziale, delle stesse; ove il danno derivi da più cause, senza il concorso delle quali non sarebbe avvenuto, di ciascuna di esse deve esser tenuto giusto ossia proporzionato conto (di tal principio sono state più volte indicate le fonti);

**2) il convenuto non si limiti a contestare genericamente l'assunto dell'attore, ma contrapponga una difesa positiva deducendo fatti e titoli diversi da quelli posti dall'attore a fondamento della sua domanda.**

In questi caso il convenuto non può andare esente dall'onere della prova "a discolpa", così come dovrà fornire la prova diretta della eccezione sostanziale proposta: con tutte le possibili conseguenze in caso di prova non offerta o non raggiunta.

In conclusione, sulla base delle premesse considerazioni, in fatto ed in diritto, la totale responsabilità del crollo delle opere murarie, verificatosi in data 8 gennaio 1986 in Via Giovanni di Simone delle Penne della Città di San Marino, deve essere attribuita ed imputata esclusivamente al convenuto Arzilli Giuseppe, il quale, di conseguenza, va condannato al risarcimento dei danni subiti dal bene immobile di proprietà Fattori Gian Italo e dai beni mobili (autovetture) di proprietà di Belluzzi Daniela e Arzilli Michele.

Non ritiene il giudicante di poter accogliere l'istanza avanzata nella memoria conclusionale dal procuratore dell'attore Fattori di rinviare a successiva fase di giudizio la determinazione dei danni subiti dal Fattori stesso; la decisione è motivata sia dal lungo tempo ormai trascorso, sia e soprattutto dal fatto che esiste in atti ogni utile elemento per provvedere in merito.

(omissis)

A successiva e separata sede di giudizio devono invece rinviarsi gli attori Belluzzi Daniela e Arzilli Michele, non essendo stata fornita in corso di causa prova alcuna della asserita totale distruzione della autovettura di proprietà della Belluzzi e della reale entità dei danni subiti dall'automezzo di proprietà dell'Arzilli.

Per quanto riguarda la causa Fattori-Arzilli, le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico totale del convenuto Arzilli Giuseppe.

Per quanto riguarda invece gli attori Belluzzi Daniela e Arzilli Michele, la decisione sulle spese va rimessa al definitivo giudicato che li riguarda.

### 33.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 1 luglio 1991.

Bernardini Secondo (Avv. G. Giardi) : Burgagni Sirio e Ottaviani Giulia (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 161, anno 1986.

**Sentenza penale – Azione di responsabilità civile – Acque – Scolo naturale.**

*I requisiti per i quali si ha responsabilità civile sono diversi da quelli richiesti perché si abbia responsabilità penale.*

*Pertanto il fatto che nel giudizio penale non sia stata raggiunta la prova del dolo o della colpa dell'imputato non preclude l'esercizio dell'azione civile in via ordinaria.*

*Il fondo inferiore riceve le acque che naturalmente scolano da quelli più elevati, senza che il proprietario del fondo inferiore, ove risenta danno, possa chiederne il risarcimento ai proprietari dei fondi superiori.*

*Quando il corso naturale delle acque è deviato da qualsiasi opera dell'uomo e da tale deviazione derivi un danno al fondo inferiore, il proprietario di questo può agire nei*

*confronti del responsabile con l'“aquae pluviae arcendae”, allo scopo di ottenere la remissione delle cose in pristino ed il risarcimento dei danni.*

---

### FATTO

Con istanza avanzata in data 7 luglio 1986 il signor Bernardini Secondo espone:

- 1) di essere proprietario di immobile, adibito a civile abitazione, sito in località Acquaviva;
- 2) di subire ormai da molti anni da parte dei confinanti coniugi Burgagni Sirio e Ottaviani Giulia angherie, turbative, minacce gravi ed ingiurie, particolarmente aggravatesi il giorno precedente in occasione dell'inizio dei lavori di esecuzione del muretto di recinzione della proprietà di esso istante;
- 3) di avere il Burgagni denunciato la commissione di abusi edilizi posti in essere dall'attore, abusi in seguito rivelatisi inesistenti, ma che comunque comportarono la sospensione dei lavori edilizi intrapresi con ogni danno conseguente;
- 4) neppure l'intervento della Forza Pubblica era valso a far desistere i coniugi Burgagni ed Ottaviani dal loro illegittimo comportamento non consentendo così l'inizio dei lavori di recinzione regolarmente approvati.

Quanto sopra esposto, il signor Bernardini Secondo convenne Burgagni Sirio e Ottaviani Giulia avanti questo Tribunale per sentirli: “a) diffidare dall'ostacolare in qualunque modo tutti i lavori edilizi legittimamente intrapresi dal Bernardini nella sua proprietà; b) condannare, in caso di inottemperanza alla diffida, al risarcimento di ogni danno che il signor Bernardini verrà a subire a causa dell'illecito e delittuoso comportamento tenuto dai convenuti; c) condannare comunque al risarcimento di ogni danno che il Bernardini abbia fino ad ora subito a causa del comportamento dei convenuti; d) condannare al pagamento di funzioni ed onorari tutti del presente giudizio”.

Richiese inoltre l'attore di disporre con urgenza sopralluogo giudiziale per accertare la reale situazione di fatto. Citazione e diffida vennero autorizzate. L'accesso giudiziale sulla località venne immediatamente espletato il 10 luglio 1986. Nel corso dell'accesso, alla presenza del Commissario della Legge, i convenuti Burgagni e Ottaviani proposero azione riconvenzionale nei confronti dell'attore Bernardini al fine: a) di sentire respingere qualunque pretesa avanzata dall'attore; b) di sentirlo condannare alla rimozione delle opere tutte che provocavano danneggiamenti alla proprietà dei convenuti stessi con conseguente condanna al risarcimento di ogni danno da essi subito. La citazione in via riconvenzionale venne autorizzata. Il Magistrato dichiarò che, allo stato degli atti, nulla ostava alla prosecuzione dei lavori edilizi intrapresi dall'attore Bernardini e, di conseguenza, confermò ad ogni effetto di legge la diffida intimata nei confronti dei convenuti di astenersi da ogni turbativa nei confronti dell'attore e del personale da lui incaricato per l'esecuzione delle opere edilizie. Nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi documenti prodotti da ambedue le parti in causa; vennero esaminati i testi Moretti Luigi, Morganti Riccardo, Pazzini Rodolfo, Reffi Paolo, Montanari Iris, Morganti Claudio, Bruschi Serafina, De Biagi Silvano, Valentini Alvaro, Valentini Alfredo, Berti Gian Natale, Battistini Piersante; venne autorizzata la temporanea allegazione agli atti dei fascicoli dei procedimenti penali riuniti nr. 616 dell'anno 1986 e 846 dell'anno 1987. Trascorso il termine ad allegare i procuratori delle

parti in causa hanno prodotto le memorie conclusionali. Il procuratore dell'attore Bernardini Secondo conclude richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione, con conseguente totale reiezione dell'azione avanzata in via riconvenzionale dai convenuti. Il procuratore di questi ultimi richiede respingersi l'istanza del Bernardini condannandolo al risarcimento dei danni in favore di Burgagni e Ottaviani nella complessiva somma di lire 20.000.000=.

## DIRITTO

I – In merito all'azione proposta in via principale dall'attore Bernardini:

1) può convenirsi con il procuratore dei convenuti che, da parte dei suoi assistiti, le minacce e le turbative reiterate poste in essere nei confronti dell'attore, sono definitivamente cessate il 7 luglio 1986. L'immediata instaurazione del giudizio, la diffida giudiziale intimata ed immediatamente confermata e soprattutto, si ritiene, la disposizione impartita da questo Giudice nel corso dell'accesso giudiziale ai sottufficiali del Corpo della Gendarmeria, presenti sul posto, "di procedere all'arresto immediato di ogni e qualsiasi perturbatore senza necessità di ulteriore ordine", hanno evidentemente calmato i bollenti spiriti dei convenuti e li hanno convinti a desistere pressochè immediatamente da ogni ulteriore antiggiuridico comportamento. Per tale titolo pertanto il Bernardini non può aver subito apprezzabili danni dei quali possa richiedere il risarcimento;

2) può ulteriormente convenirsi con il procuratore dei convenuti in merito al fatto che l'eventuale denuncia, ricorso, esposto, presentati dal Burgagni per presunti abusi edilizi commessi dal Bernardini non hanno provocato danni dei quali l'attore possa richiedere il risarcimento. L'avv. Paolo Reffi, nella testimonianza resa nell'udienza tenutasi il 18 febbraio 1987, ha dichiarato: "Nel 1981 il signor Bernardini si rivolse a me affinché per suo conto presentassi un ricorso avverso ad una delibera della Commissione Tecnica Edilizia, che aveva disposto la sospensione dei lavori relativi alla realizzazione di un muro di recinzione ad una sua proprietà; da informazioni assunte, ma non ho di ciò diretta conoscenza, sono venuto a conoscenza del fatto che il provvedimento della Commissione Tecnica era stato provocato da un esposto o ricorso di un vicino del Bernardini che a quanto mi fu riferito era il signor Burgagni Sirio". La denuncia, l'esposto o ricorso del Burgagni, se effettivamente vi fu, non può essere giudicato atto temerario. E' provato dai documenti prodotti in atti: a) il progetto di recinzione della proprietà Bernardini venne approvato d'ufficio in data 21 aprile 1980 dall'Ingegnere Capo dell'Ufficio Tecnico; b) il 14 luglio 1981 la Commissione Tecnica Edilizia ordinò la sospensione dei lavori e la demolizione delle opere apparentemente eseguite in difformità al progetto approvato; c) il Bernardini interpose ricorso avverso la delibera della Commissione Tecnica in data 17 dicembre 1981; il Consiglio dei XII, con delibera 17 maggio 1983, accogliendo espressa richiesta del Consulente nominato Prof. Alberto Barettoni Arleri, dispose consulenza tecnica al fine di accertare: "Se la realizzazione dell'opera muraria comportasse o prevedesse implicitamente od esplicitamente il tratto a valle di misura eccedente l'altezza di metri 1,50 ed inoltre, per l'ipotesi che non emerga la chiara esclusione di siffatta circostanza, quali elementi valutativi siano deducibili dall'iter logico seguito nel procedimento concessorio suddetto; inoltre la consulenza dovrebbe autonomamente evidenziare se la maggior altezza nei punti indicati sia intimamente connessa ad esigenze tecniche, così come dedotto sul piano tecnico dalla

parte, ai fini della valutazione dei presupposti di un eventuale esercizio di discrezionalità tecnica da parte del Consiglio”; d) con successiva delibera 17 febbraio 1984, il Consiglio dei XII, facendo proprio il parere espresso dal consulente alla luce della “esauriente ed approfondita consulenza tecnica”, accolse il ricorso proposto dal Bernardini e di conseguenza dichiarò illegittimo l’ordine di demolizione e rimessione in pristino emanato dalla Commissione Tecnica. In conclusione, è completamente irrilevante l’eventuale denuncia presentata dal Burgagni, ove si consideri che, per dirimere definitivamente fondati dubbi ed incertezze, lo stesso consulente nominato dal Consiglio dei XII, pur nella sua autorevolezza, ritenne indispensabile avvalersi della consulenza di un tecnico altamente qualificato quale è l’ing. Cesare Segà;

3) non può invece, in maniera assoluta ed in alcun modo, seguirsi il procuratore dei convenuti quando afferma che il Bernardini non può invocare il risarcimento di danni di qualsiasi altra natura. Pare non tenere alcun conto l’avv. Berti, forse volutamente, degli allegati procedimenti penali nr. 616 dell’anno 1986 e nr. 846 dell’anno 1987, dei misfatti commessi che ad essi diedero origine, delle decisioni emesse dai Magistrati Penali di primo e di secondo grado.

(omissis)

Ai fini della decisione, si richiamano le sentenze seguenti:

A) “Si deve, per altro, tener presente che su questo punto e sugli altri collegati con esso, la giurisprudenza sammarinese ha avuto più volte occasione di pronunziarsi e si può dire ormai consolidata. Sul fondamento di essa si può affermare, per quanto interessa il presente giudizio, che **la sentenza penale assolutoria non preclude l’esercizio dell’azione per risarcimento di danni in sede civile, tutte le volte in cui essa sentenza si sia conclusa con formula diversa da quella “perché il fatto non sussiste” o dall’altra “che l’imputato non lo ha commesso” o con l’altra ancora “perché non vi è sufficiente prova circa la sussistenza o la commissione del fatto”** (cfr. per tutte la sentenza di secondo grado 18 ottobre – 16 novembre 1972).

La giurisprudenza ora richiamata, e che concorda nella sostanza con gli orientamenti dottrinali, legislativi, e giurisprudenziali degli ordinamenti moderni, sembra al giudicante che concilii il principio della unità della giurisprudenza con l’altro per il quale i requisiti perché si abbia responsabilità civile sono diversi da quelli richiesti perché si abbia responsabilità penale. **Di conseguenza il fatto che nel giudizio penale non sia stata raggiunta la prova del dolo o della colpa dell’imputato, o che il reato si sia estinto e via di seguito, non può sbarrare il passo all’esercizio dell’azione civile in sede ordinaria, anche quando il titolare di questa si sia costituito parte civile nel processo penale**” (sentenza di secondo grado 14 febbraio 1974, Giur. Samm., anni 1970-19980, pag. 167);

B) “La giurisprudenza sammarinese si è tante volte soffermata sull’arduo problema della **determinazione dei danni morali**, pervenendo ad una soluzione ampiamente improntata all’equità ed a profonda umanità. Fra le altre è da richiamare, in particolare modo, la sentenza di primo grado 14 marzo 1935 (Giur. Samm., anni 1935-36, pag. 34) che afferma: **“particolarmente difficile è la valutazione del danno morale, perché si tratta di misurare la portata di sentimenti subbietivi in sé e nei loro effetti. Non vi sono criteri sicuri di liquidazione: non vi è, né vi può essere, una tariffa del dolore e dei sentimenti penosi. Nella valutazione deve farsi riferimento alla sentimentalità del tipo normale, dell’uomo medio, più che alla sentimentalità, che può essere morbosa, del danneggiato; agli effetti morali che sogliono verificarsi, secondo l’id**



**quod plerumque accidit, dell'atto illecito in quel determinato caso. Deve aversi riguardo all'entità della offesa, alle conseguenze che essa ha arrecato al danneggiato, alle condizioni di persona, di famiglia, di cittadino "nam secundum dignitatis vitaeque honestatem crescit aut minuitur existimatio iniuriae" (Inst. De iniur.). Deve, quindi, procedersi "arbitratu boni viri" e con quei criteri di estimazione presuntiva che sono dettati dalla pratica della vita e dalla comune esperienza, cercando di attribuire al danneggiato una somma di utilità materiali approssimativamente idonee a compensare l'entità delle sofferenze morali subite"** (sentenza di primo grado 27 febbraio 1987, emessa nella causa civile sommaria nr. 750 dell'anno 1972 Zavoli C. Giorgetti).

Questo Giudice non può discostarsi da questo complesso di principi e di norme ed anzi è tenuto a farne puntuale applicazione. Pertanto, in base a tutte le premesse considerazioni, tenuto conto della gravità dei misfatti commessi, della volontarietà delle azioni criminose, degli effetti causati al soggetto passivo dei reati, ritiene equo condannare i convenuti Burgagni Sirio e Ottaviani Giulia al pagamento in solido in favore dell'attore Bernardini Secondo della somma di lire 5.000.000=, a titolo di risarcimento dei danni morali da esso attore subiti. Sulla predetta somma sono dovuti gli interessi alla legale ragione del sette per cento, dalla data di commissione dei reati (7 luglio 1986) al saldo.

L'istanza proposta in via riconvenzionale dai convenuti Burgagni e Ottaviani nei confronti dello attore Bernardini destituita di ogni e qualsiasi fondamento, in fatto ed in diritto, va totalmente respinta.

"I principi generali che regolano lo scolo naturale delle acque secondo il diritto romano comune, vigente a San Marino, sono basati sulle norme contenute nel Digesto, Lib. XXXIX, Tit. III "de aqua et aquae pluviae arcendae".

**Regola base è quella secondo cui i fondi inferiori sono obbligati, per opera della natura, a ricevere le acque,** (qualunque sia o possa essere il loro volume), **che in essi scolano dai più elevati e ciò senza che il proprietario del fondo inferiore possa, ove risenta danni, chiederne il risarcimento ai proprietari dei fondi superiori** (legge 1, par. 1, 10, 14, 22 e 23 l.c.). **Ma questa regola in tanto è da applicare in quanto l'acqua scola naturalmente e senza concorso dell'opera dell'uomo riguardo sia alle scaturigini sia al corso** (leg. 3, par. 4 e 11 – leg. 4, leg. 5, par. 1, l.c. – confr. art. 913 c.c. italiano).

Si tengano poi presenti le seguenti norme relative alla regola suindicata:

1) **in ogni caso in cui, per opera della natura, l'acqua incominci a scorrere per siti insoliti, i proprietari di questi sono soggetti a riceverla perché in fatto incomincia a scolare naturalmente. Ma è equo che i medesimi possano ricondurla (a loro spese) al suo antico corso quando ciò non arrechi danno alcuno al fondo superiore** (leg. 2, par. 5 e 6 l.c.);

2) non ha importanza che il fondo inferiore sia contiguo o no al superiore nel quale originariamente scola l'acqua, essendo l'uno dopo l'altro soggetti tutti a ricevere lo scolo dal più elevato (e nemmeno ha rilievo se le acque giungono attraverso una strada pubblica);

3) **quando il corso naturale dell'acqua è deviato da una qualsiasi opera dell'uomo, e a seguito di tale deviazione può derivare danno al fondo inferiore, allora il di costui proprietario può agire contro il proprietario che ha fatto la novazione sul proprio fondo (actio aquae pluviae arcendae) allo scopo di ottenere la remissione delle cose**

**in pristino ed il risarcimento dei danni** (leg. 6, parag. 1, leg. 3, parag. 3, leg. 4, parag. 2).

Quinto Mucio, e con esso Ulpiano che lo cita, insegna che nei casi di lavori fatti “colendi causa” non si deve giungere a deviare l’acqua in modo da rendere lo scolo dannoso al fondo inferiore “sed et fossas agrorum siccandorum causa factas, Mucius ait fundi colendi causa fieri; non tamen (oportere) corrivandae aquae causa fieri; sic enim debere quem moliozem agrum suum facere, ne vicini deteriore faciat”. In applicazione dei principi sopra esposti, **la giurisprudenza sammarinese ha costantemente deciso:**

1) **il fondo inferiore è bensì soggetto a ricevere le acque che scolano dai fondi superiori ma quando ciò avviene naturalmente e senza che sia intervenuta l’opera dell’uomo;**

2) **quando lo scarico delle acque danneggianti è dovuto non a cause naturali ma a cause artificiali, e cioè alle costruzioni eseguite nel fondo superiore, coloro che tali opere hanno eseguito sono tenuti ai danni ed essi – e non il proprietario del fondo inferiore – sono tenuti a prendere tutti i necessari provvedimenti per evitare ulteriori danneggiamenti** (confr. sentenze di primo grado 31 maggio 1937, nella causa n.96, anno 1935 – 16 agosto 1941, nella causa n.145, anno 1937 – 18 agosto 1956, nella causa n.290, anno 1953 – Giur. Samm., anno 1963, pagg. 50, 123, 379)” (sentenza di primo grado 18 giugno 1971, Giur. Samm., anni 1970-80, pag. 265).

Occorre pertanto, nel caso presente, decidere se lo scolo delle acque dal fondo superiore di Bernardini in quello inferiore di Burgagni ed Ottaviani sia stato alterato dalle opere eseguite dal Bernardini, in modo tale da arrecare danno all’immobile di proprietà dei convenuti.

La risposta, come già si è premesso, non può essere che negativa per le ragioni seguenti che si ritengono più che fondate:

1) l’immobile di proprietà Burgagni-Ottaviani, come ha riferito genericamente il teste geom. Berti, è stato costruito nei non meglio precisati anni sessanta; l’immobile di proprietà Bernardini è stato sicuramente costruito nel 1978 ed il muro di recinzione è stato realizzato nel 1986; da ciò è facile dedurre che per un lungo periodo di tempo ed anche prima che il terreno venisse acquistato dal Bernardini le acque meteoriche superficiali sono defluite liberamente, naturalmente e copiosamente, nella sottostante proprietà Burgagni-Ottaviani scorrendo su di un terreno che presentava una pendenza maggiore rispetto a quella successivamente determinata dalle opere eseguite dal Bernardini;

2) il lato a valle della proprietà Bernardini, della lunghezza complessiva di ml. 44, solo per un breve tratto e precisamente per ml. 16 confina con la proprietà Burgagni-Ottaviani; quest’ultima per una lunghezza di oltre ml. 30 è sovrastata a monte da altra proprietà anche dalla quale per lungo tempo sono defluite acque nel fondo inferiore;

3) l’immobile di proprietà Burgagni-Ottaviani venne edificato con estrema economia, con metodi che possono definirsi artigianali, presentava un alto grado di umidità ancor prima che venissero realizzate le opere edilizie da parte del Bernardini; se il geom. Berti, perito di parte dei coniugi Burgagni, avesse dato anche soltanto una superficiale scorsa agli atti di causa, non avrebbe scritto nella sua relazione: “In precedenza la proprietà Burgagni non era affatto interessata dalla presenza di acqua nelle condizioni descritte, in quanto gli inquilini si sarebbero lamentati senz’altro molti anni prima”; ciò precisamente hanno riferito i testi:

Bruschi Serafina: “Ho abitato la casa del signor Burgagni dall’aprile 1976 al giugno-luglio 1977; si trattava di una abitazione abbastanza umida, caratterizzata da segni di umidità e muffa nel bagno ed in altra stanza, con sgretolamento della parete ed ammuffimento degli oggetti riposti nella stessa”;

Montanari Iris: “Ho abitato nella casa di proprietà del signor Burgagni Sirio dal luglio 1977 al dicembre 1980, la suddetta casa presentava uno stato di forte umidità della cui causa non sono a conoscenza; il signor Burgagni ci aveva informato dello stato di umidità che la casa presentava e quindi di tenere un po’ spostati i mobili dalle pareti per evitare danni ai mobili stessi ... Lo stato di forte umidità che la casa presentava era documentato da strati di patina che presentava il pavimento di ingresso e dallo scrostamento dei muri di una camera ... La moquette era presente solamente nella camera da letto, camera molto buia, anch’essa caratterizzata da segni di umidità comprovati dall’ossidazione del letto in ottone”;

Morganti Claudio: “Abbiamo abitato nella casa del signor Burgagni dal luglio 1977 al dicembre 1980 riscontrando nella stessa segni di umidità sulle pareti, intonaci, in particolare in una stanza della casa, corridoio, come del resto comprovato dall’avvertimento del signor Burgagni di staccare i mobili dal muro”;

solamente nel 1985 è stato completato l’impianto di riscaldamento e per eliminare l’umidità è stata innestata carta catramata nei tagli effettuati nelle pareti dell’edificio; i testi Valentini Alfredo e Alvaro, che eseguirono detti lavori, riscontrarono anche “nel bagno la presenza di un piccolo pozzetto crepato dal quale le acque defluivano all’esterno ... pozzetto fatto con cemento e sassi che raccoglieva le tubazioni di due bagni della casa ... Il pozzetto era alla buona”;

lo stesso perito di parte geom. Berti ammette l’esistenza di fessurazioni nelle pareti dell’edificio Burgagni-Ottaviani, attraverso le quali l’acqua penetra all’interno;

4) in modo conclusivo e definitivo la razionalità e validità delle opere realizzate dal Bernardini è autorevolmente accettata dal perito di parte attrice ing. Piersante Battistini il quale, nella pregevole relazione tecnica redatta e giurata in data 2 marzo 1988 ha preso le seguenti conclusioni: “Per quanto esposto si ritiene di poter concludere con tutta obiettività che il proprietario del fondo situato in basso deve tollerare lo scolo naturale delle acque dei terreni più elevati e, a maggior ragione, qualora il proprietario di questi riduca tale afflusso con opere realizzate nel suo fondo”. Il perito ing. Battistini è pervenuto alle predette conclusioni in base alle precisazioni e valutazioni che si ritiene opportuno e doveroso trascrivere testualmente:

1) “Il lotto di proprietà del Sig. Bernardini è posto su un versante con pendenza originaria di circa il 20%, confinante a valle per ml 16 circa con la proprietà Burgagni e per ml 28 circa con un’area verde di proprietà dell’Ecc.ma Camera. Sul suo appezzamento nel 1978 il Sig. Bernardini ha costruito un fabbricato di civile abitazione con strutture di fondazione appoggiate su pali trivellati. (si apre la parentesi da parte di questo Giudice per rilevare come l’avv. Berti, legale notoriamente attento e meticoloso nello studio degli atti di causa sia incorso, nel caso di specie, in un grave equivoco, ritenendo fondato su pali trivellati non l’edificio, ma il muro di recinzione della proprietà Bernardini, soluzione che, a suo giudizio, “garantisce la stabilità ma ovviamente lascia defluire acqua fra i pali”).

Prosegue l’ing. Battistini: “Contemporaneamente alla costruzione sono state realizzate tutte le opere di raccolta delle acque bianche e nere, convogliate poi in una fognatura pubblica che attraversa la proprietà Bernardini e a valle quella dell’Ecc.ma Camera. E’

doveroso fare rilevare la non comune cura con la quale il Sig. Bernardini ha effettuato la raccolta delle acque meteoriche per ampie superfici asfaltate e pavimentate all'esterno del fabbricato. Senza timore di smentita si può quindi asserire che con la soluzione adottata di fondazioni profonde si è evitato di alterare l'equilibrio geologico del terreno circostante e con la raccolta di tutte le acque si è ridotto notevolmente il deflusso naturale verso valle delle acque superficiali, con evidente vantaggio per i fondi sottostanti come quello di proprietà Burgagni-Ottaviani. 2) Nel 1980 il Sig. Bernardini ha costruito a valle del lotto e all'interno della sua proprietà un muro di sostegno di altezza fuori terra variabile da mt. 0.80 a mt. 2.60 in seguito a regolare Autorizzazione edilizia. Il manufatto, eseguito in cemento armato, fu dimensionato e realizzato per sopportare il carico del terreno successivamente riportato a monte dello stesso. Lo stato di fatto attuale e la sua integrità dimostrano l'idoneità del muro a sopportare le azioni a cui è sottoposto. Tale intervento è senz'altro da classificarsi come un intervento di bonifica in quanto riducendo la pendenza del versante ha diminuito il fenomeno di scorrimento veloce delle acque meteoriche e conseguente dilavamento che certamente si manifestava prima della sua realizzazione, inoltre comporta il convogliamento di acque piovane attraverso la cunetta interna in un punto di deflusso realizzato in corrispondenza della proprietà statale, funzione questa ultima appurata dal sottoscritto in tutti i sopralluoghi effettuati. L'opera realizzata ha quindi ridotto notevolmente lo scolo naturale dei terreni più elevati sul fondo Burgagni, fenomeno in precedenza tollerato anche se certamente agente in forma più dannosa. 3) Le lamentate infiltrazioni attraverso piccole fessure del muro in c.a. di proprietà dei Sigg. Burgagni-Ottaviani si ritiene debbano essere addebitate ad una cattiva esecuzione di detto muro, per il quale non risultano realizzati punti di scarico delle acque che inevitabilmente si accumulano contro terra, nonostante in parte vengano raccolte e convogliate fuori dalla cunetta del muro realizzato dal Sig. Bernardini. Per quanto attiene poi le infiltrazioni presenti nel corpo garage trattasi di una grave irrazionalità costruttiva in quanto ad un muro in blocchi di laterizio risulta addossato del terreno che, man mano si imbeve, trasferisce acqua all'interno del locale. Quindi le citate infiltrazioni sono da addebitarsi a palesi difetti costruttivi presenti nei manufatti di proprietà Burgagni, al quale compete mettere in atto gli accorgimenti necessari per convogliare ed allontanare le acque che se pur in quantità ridotta vengono scolate dal terreno a monte di proprietà del Sig. Bernardini, al fine di evitare allagamenti e conseguenti danni al suo edificio. 4) Per quanto riguarda l'ipotesi di perdite da parte delle fognature nere del Sig. Bernardini, in data 30.10.1987 il sottoscritto ha effettuato una "prova di colore" con esito negativo".

Questo Giudice accoglie totalmente e fa proprie le conclusioni dell'ing. Battistini e pertanto definitivamente respinge l'istanza avanzata in via riconvenzionale dai convenuti Burgagni Sirio e Ottaviani Giulia nei confronti dell'attore Bernardini Secondo.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a totale carico dei convenuti.

### 34.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 8 luglio 1991.

Concorso giudiziale dei creditori della S.A. Jegbon Titano (Avv. R. Fattori) : S.r.l. Lasing Prest (non comparsa) – Causa n. 220, anno 1989.

**Concorso dei creditori – Azione revocatoria – Ipoteca convenzionale – Nullità.**

*Sono estremi dell'azione revocatoria concorsuale che il curatore ha l'onere di provare: a) l'alienazione è avvenuta entro l'anno dall'apertura del concorso; b) essa ha arrecato danno alla massa dei creditori.*

*L'ipoteca convenzionale costituisce una alienazione a titolo oneroso, che, pregiudicando i creditori, è affetta da nullità.*

---

**FATTO**

Con atto di citazione in data 22 agosto 1989 l'avv. Raimondo Fattori, in qualità di curatore del giudiziale concorso fra i creditori della società anonima JEGBON TITANO ha convenuto avanti a questo Tribunale la società a responsabilità limitata Leasing Prest in persona del suo legale rappresentante per sentirla condannare “alla revoca della iscrizione ipotecaria in proprio favore fatta con atto Notaio G. Micheloni del 02.12.1988 in quanto fatta in danno della parità di condizioni fra i creditori”.

Esponesse l'attore che con atto del notaio G. Micheloni in data 2 dicembre 1988, registrato a San Marino il 23 dicembre 1988, n. 4284 vol. 199 Registro di formalità iscritto al vol. 54 art. 84 veniva iscritta ipoteca per la somma di L. 1.500.000.000= sui beni immobili di proprietà della società anonima JEGBON TITANO a fronte di un prestito di L. 1.200.000.000= a favore della Leasing Prest s.r.l. Con decreto commissariale in data 25 gennaio 1989 veniva aperto il giudiziale concorso fra i creditori della s.a. Jegbon Titano ed il curatore, reputando l'iscrizione ipotecaria pregiudizievole per la massa dei creditori esperiva la presente azione ai sensi dell'art. 3 della legge 15 novembre 1917 n. 17.

All'udienza fissata non si costituiva la convenuta, benché alla stessa sia stata regolarmente notificata l'istanza di citazione per due volte, e veniva dichiarata l'assenza della stessa dal giudizio.

Nel corso dei termini probatori venivano ammessi documenti.

I decreti di apertura dei termini reprobatori e di controprova venivano regolarmente notificati alla convenuta.

Aperto il termine ad allegare l'attore ha concluso chiedendo “a) dichiarare la contumacia della parte convenuta; b) revocare l'iscrizione ipotecaria a favore della Leasing Prest di cui al rogito notaio G. Micheloni del 2.12.1988 Rep. n. 628 registrato a San Marino 23.12.1988 n. 4284 vol. 199, iscritto il 23.12.1988 Reg. Dep. Vol. 87 n. 1367 al vol. 54 art. 84; c) condannare la parte convenuta alle spese tutte del presente giudizio, onorari compresi”.

**DIRITTO**

1. Deve essere preliminarmente dichiarata la contumacia della convenuta, non comparsa sebbene ritualmente citata e sebbene alla stessa siano stati notificati i decreti di apertura dei termini di prova in suo favore e del termine ad allegare.

2. Il curatore del giudiziale concorso fra i creditori della società anonima JEGBON TITANO esperisce la azione revocatoria concorsuale nei confronti della convenuta società a responsabilità limitata LEASING PREST, al fine di ottenere la dichiarazione di inefficacia della ipoteca iscritta dalla convenuta sui beni immobili della decotta s.a. Jegbon Titano, asserendo che con tale atto “si è tentato di danneggiare le ragioni dei creditori”.

La richiesta del curatore del concorso si basa sul secondo comma dell’art. 3 della legge 15 novembre 1917 n. 17, il quale dispone: “Ogni alienazione, gratuita od onerosa, dei beni ceduti posteriormente all’apertura del concorso è nulla di pieno diritto: e se, anteriore di un anno, è pure nulla l’alienazione gratuita; e, se onerosa, è inefficace per frode presunta ove danneggi le ragioni dei creditori, a meno che il terzo non provi la sua buona fede e cioè di non aver sfruttato a proprio vantaggio il dissesto dell’altro contraente”.

La legge, pertanto, introduce una presunzione di frode per gli atti compiuti dal debitore decotto durante il periodo non anteriore di un anno alla apertura del giudiziale concorso fra i creditori: “tutti gli atti compiuti dal dissestato durante l’anno sospetto sono dalla legge colpiti con la presunzione di frode. Tale presunzione è assoluta, *jure et de jure*, per gli atti gratuiti. E’ invece relativa, o *juris tantum*, per gli atti onerosi che arrecano un pregiudizio alla massa” (T.C. GIANNINI, *Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese*, 2° ed. riveduta ed accresciuta dal dott. F. Viroli, San Marino, 1967, p. 151).

Ai sensi della citata disposizione, allo scopo di richiamare la presunzione di frode, spetta al curatore l’onere di provare: a) che vi è stata una “alienazione”; b) che essa è avvenuta non oltre un anno dalla apertura del concorso; c) che l’atto contestato arreca un danno alla massa dei creditori (in tal senso si esprime il costante orientamento della giurisprudenza sammarinese. Si vedano, fra le tante, Sentenza del Commissario della Legge in data 10 aprile 1963, in *Giur. Samm.*, 1965, fasc. 2, p. 251 ss., e Sentenza del Commissario della Legge in data 4 agosto 1976, in *Giur. Samm.*, 1970-1980, p. 373 ss.).

3. Nella presente fattispecie, come detto, l’atto a titolo oneroso compiuto dalla società debitrice decotta nel periodo sospetto, e di cui si chiede la dichiarazione di inefficacia, è una ipoteca convenzionale.

La questione che si pone è di verificare se l’ipoteca possa essere ricompresa fra le “alienazioni” di cui al citato art. 3 della legge n. 17 del 1917.

La giurisprudenza sammarinese ha posto il principio che “tutte le leggi speciali sammarinesi debbono essere interpretate coordinate ed integrate dal diritto comune, il quale deve intendersi modificato solo da disposizioni tassative e chiare (perché nei casi di dubbio resta fermo il diritto comune). Ed è così che quando l’ultima parte dell’art. 3 della legge 15 novembre 1917 sui concorsi dispone che ogni *alienazione*, anteriore di un anno all’apertura del concorso, è presunta in frode la parola <<alienazione>> deve essere interpretata secondo il diritto comune e l’intero disposto, coordinato ed integrato con tale diritto” (sentenza del Commissario della Legge in data 10 aprile 1963, cit., p. 259).

E’ noto che già il diritto giustiniano considerava l’ipoteca ricompresa nel *genus* delle alienazioni. Ciò risulta, in particolare, da una costituzione dell’imperatore Giustiniano (C. 4, 51, 7), sulle alienazioni proibite, la quale recita testualmente: “Sancimus, sive lex

alienationem inhiuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem [...] esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi”.

Tale insegnamento è stato seguito dagli autori del diritto comune (cfr., per tutti, RICHERI, *Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia*, Lib. I, tit. 22. par. 2093, ove si chiarisce che il vocabolo “alienatio” ricomprende anche l’ipoteca).

Da ciò deve evincersi in definitiva che l’ipoteca è compresa nelle alienazioni considerate in frode alla massa dei creditori.

La giurisprudenza sammarinese, inoltre, ha chiarito che tale ipoteca “non può essere se non quella convenzionale (nella quale è possibile l’intervento della frode e della collusione tra le parti) ma non già nell’ipoteca giudiziale, il cui titolo è pronunziato dall’autorità giudiziaria che non può né deve essere considerato fraudolento” (sentenza del Commissario della legge in data 10 aprile 1963, cit., p. 260).

4. Accertato che la ipoteca convenzionale costituisce una “alienazione” a titolo oneroso, deve essere affermata anche la presenza degli altri estremi voluti dall’art. 3 della legge 15 novembre 1917 n. 17, vale a dire il compimento dell’atto entro l’anno antecedente la apertura del giudiziale concorso ed il danno alla massa dei creditori.

Ed infatti, la costituzione di ipoteca convenzionale sui beni immobili di proprietà della società anonima Jegbon Titano è avvenuta in data 2 dicembre 1988 (con il rogito del notaio dott. Giuseppe Micheloni, Rep. n. 628) e l’iscrizione è avvenuta in data 23 dicembre 1988, e dunque appena un mese prima della apertura del giudiziale concorso fra i creditori della società anonima Jegbon Titano (disposta con decreto del Commissario della Legge in data 25 gennaio 1989). Tale ipoteca grava sulle attività esistenti nel predetto concorso e pregiudica la massa dei creditori, contrastando con il principio della “*par condicio creditorum*”.

5. La convenuta Leasing Prest s.r.l., per escludere la presunzione di frode, avrebbe dovuto dimostrare la sua buona fede, “e cioè che non aveva conoscenza del dissesto economico della ditta debitrice e della cessazione dei pagamenti e che, di conseguenza, non poteva avere l’intento di crearsi una posizione privilegiata in pregiudizio degli altri creditori” (sentenza del Commissario della Legge in data 10 aprile 1963, cit., p. 261). Il che non è avvenuto essendo la convenuta rimasta contumace.

6. Le spese e gli onorari del presente giudizio, da liquidarsi con successivo e separato decreto, devono porsi a carico della parte convenuta, perché soccombente.

### 35.

Magistrato del Lavoro (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 10 luglio 1991.

S.A. Ceramica di Faetano (Avv. G. Micheloni) : Consiglio dei Delegati (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 115, anno 1989.

**Lavoro – Situazioni possessorie vantate dall’imprenditore – Tutela – Magistrato del lavoro – Incompetenza.**

*Il Magistrato del Lavoro non è competente a provvedere alla tutela di situazioni possessorie, in particolare del possesso della servitù di passaggio vantate dall'imprenditore.*

---

## FATTO

Con istanza del 20 aprile 1989 l'attrice ha chiamato in giudizio avanti al Magistrato del Lavoro il Consiglio dei Delegati di Fabbrica in persona dei suoi componenti "affinché sia garantita alla Ceramica Faetano s.a. il normale e libero transito degli autocarri, auto, camions e dipendenti dalla e alla proprietà recintata. Salva ed impregiudicata ogni altra azione per danni".

Assume infatti l'attrice, che durante il mattino del giorno 10 aprile 1989 gli operai della parte attrice, senza preavviso e plausibile motivazione, avrebbero messo in atto un blocco dello stabilimento ostruendo con le proprie autovetture i due accessi adibiti al transito delle merci e dei dipendenti.

Assume altresì l'attore, che non desistendo dal suddetto comportamento di blocco, sarebbe stato impedito l'ingresso alla fabbrica ad un camion di prodotti semilavorati e di materie prime necessarie alla finale lavorazione e alla spedizione di prodotti.

Costituitisi regolarmente tutti i convenuti, in via preliminare hanno eccepito l'irricevibilità della istanza, perché è stato adito il Magistrato al Lavoro senza preventivamente esperire il prescritto tentativo di conciliazione.

Nel merito, chiedendo di respingere l'istanza, gli stessi convenuti hanno poi eccepito che, nella mattina del giorno 10 aprile 1989, è transitato un solo autocarro, che ha avuto accesso allo stabilimento, mentre nel pomeriggio un altro autocarro ha ugualmente transitato.

Sempre nel merito eccepiscono infine i convenuti che i componenti il Consiglio di Fabbrica, dovrebbero in ogni caso essere estranei ai fatti oggetto della diffida, perché o lavoravano regolarmente, o erano presenti in orari diversi da quando quei fatti sono accaduti.

Nei rituali termini di prova sono stati sentiti testimoni.

Aperto il termine per le allegazioni in diritto, depositate le memorie conclusionali, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il procuratore della parte attrice ha concluso chiedendo dichiararsi che "S.s. Ill.ma il Magistrato del Lavoro voglia emettere sentenza di condanna per l'atteggiamento assunto dai responsabili sindacali nell'ambito della Ceramica Faetano, dichiarando nel contempo illegale ogni azione tendente a bloccare l'attività della impresa attraverso il blocco più o meno violento dello stabilimento, condannando i convenuti, in quanto membri del Consiglio dei Delegati, al pagamento delle spese ed onorari di causa che si qualificano in complessive £.500.000=".

Il procuratore dei convenuti ha concluso chiedendo: "l'istanza è da respingere in quanto si tratta di vertenza proposta avanti al Magistrato del Lavoro senza procedere al preliminare tentativo conciliativo avanti alla competente Commissione, come prevede l'art. 2 della Legge n.63 del 1985. L'istanza è altresì da respingere in quanto il Consiglio dei Delegati, che risulterebbe convenuto in persona dei suoi componenti, non ha alcuna personalità giuridica, né la parte attrice ha dimostrato che i comportamenti di cui si



lamenta abbiano avuto origine all'interno del Consiglio dei Delegati. Né la parte attrice ha dato dimostrazione che i fatti pretesi illeciti, siano addebitabili alle persone componenti il Consiglio dei Delegati. Le spese dovranno seguire la soccombenza ovvero essere compensate se, pur risultino avvenuti i fatti di cui è causa e pur eventualmente riconosciuti illegittimi, non si possa ricondurre la loro origine a volontà del Consiglio dei delegati o dei singoli componenti”.

## DIRITTO

1) Il provvedimento richiesto dalla parte attrice è di mera tutela del possesso della servitù di passaggio o meglio di accesso allo stabilimento.

Il provvedimento é dunque quello previsto dal §§ 325 e 326 della Rub.XLII - Quod in causa restitutionis, seu reintegrationis possessionis, summarie procedatur - Che in causa di restituzione o reintegrazione di possesso, si proceda sommariamente.- del Libro secondo delle Leges Statutae Republicae Sancti Marini. E' infatti prescritto che “si contingat aliquem auctoritate propria sine Dominorum Capitaneorum licentia, rei alicuius immobilis possessionem intrare, uel ipsam rem detinere. vel aliquo modo seu occupare. seu pignorare, vel pignori facere, tunc illa possessio. detentio vel occupatio, vel pignoriatio nullo modo praeiudicet vero domino, nec de illa possessione et detentione seu occupatione aut pignoratione praeascriptio ulla sequi possit . Immo teneantur ipsi Domini Capitanei expulsum de possessione praedicta in tenutam reponere sine aliqua iudiciali cognitione, et eundem in possessione manutenere, quosque discussum fuerit, et iudicatum de iuribus partium. si qua lis. seu quaestio inter partes mota fuerit et nihilominus talis occupans, detinens, vel molestans possidentem in sua possessione, vel detentione vel in re ipsa aliquid nocivum faciens, vel impediens, vel etiam labolans. aedificans. vel construens aut destruens sine huiusmodi licentia, condemnetur in libris quinquaginta denariorum Communitati Sancti Marini applicandorum Exceptis tamen illis. qui titulum a rei domino habent” - se accade che qualcuno di sua propria autorità, senza permesso dei Signori Capitani, entri in possesso di qualche immobile, o lo ritenga, o in qualche modo lo occupi, o lo oppignori, o lo faccia oppignorare, allora quel possesso, detenzione, od occupazione, pignoramento non pregiudichi in verun modo il vero padrone, né da quel possesso, e detenzione, od occupazione, o pignoramento possa seguire prescrizione alcuna. Anzi i Signori Capitani siano in obbligo di reintegrare nel possesso l'espulso, senza alcuna cognizione di giudizio e di mantenerlo in possesso fino a che sarà stato discusso e giudicato dei diritti delle parti, se qualche lite o questione sia stata mossa fra loro, e tuttavia colui che occupa, detiene, molesta l'altrui possesso o detenzione alla cosa stessa reca qualche nocumento, o proibendo ovvero lavorando, edificando o costruendo di suo arbitrio, sia condannato a cinquanta lire di danari da applicarsi al Comune di San Marino. Eccettuati però, gli aventi titolo dal padrone della cosa.

L'applicabilità di una tale disposizione, che garantisce qualsiasi situazione possessoria nell'ordinamento sammarinese, trova poi fondamento nel primo comma dell'art. 10 della Legge 8 luglio 1974, n. 59, in forza del quale “la proprietà e l'iniziativa economica privata sono garantite”.

A tenore sempre del ricordato primo comma dell'art. 10 si deve riconoscere che la tutela del possesso, come situazione di fatto, è certamente predisposta nel pubblico interesse, e che è la legge stessa - nel caso lo statuto - che ne detta i limiti di applicazione.

2) Nell'ordinamento sammarinese però il Commissario della Legge, quale Magistrato al Lavoro, ha competenza esclusiva soltanto in due soli casi.

Il primo è in materia di "controversie individuali e collettive di lavoro, relative a rapporti di lavoro subordinato privato", come è previsto dal primo comma dell'art. 7 della Legge 20 maggio 1985, n. 63.

Il secondo è in materia di comportamenti, posti in essere dal datore di lavoro, "diretti ad impedire o limitare l'esercizio dell'attività sindacale", come è previsto dall'art. 10 della Legge 11 marzo 1981, n. 23.

3) L'eccezione preliminare dei convenuti, che denuncia l'irricevibilità della domanda da parte del Magistrato del Lavoro, per non aver la parte attrice esperito preliminarmente il tentativo di conciliazione tra le parti, è inerente soltanto all'attività giurisdizionale del Magistrato al Lavoro a norma del primo comma dell'art. 7 della Legge 20 maggio 1985, n. 63, per controversie vertenti su rapporti di lavoro subordinato privato.

L'art. 1 della Legge 20 maggio 1985, n. 63, di "riforma del processo in materia di lavoro subordinato", stabilisce che "la presente legge disciplina le controversie individuali e collettive di lavoro, relative a rapporti di lavoro subordinato privato".

Il successivo art. 7, al primo comma, prevede poi che "le controversie di cui all'art. 1 della presente legge, in sede contenziosa di primo grado, sono di competenza del Commissario della Legge quale Magistrato del Lavoro".

Da questo punto di vista l'eccezione trova valido fondamento per il suo accoglimento. Ma è anche eccezione, che sul piano processuale non può essere accolta in corso di causa, ma è da ritenersi riservata alla definitivo pronuncia.

4) Nella sua sostanza, rispetto all'originario provvedimento di intervento richiesto dalla parte attrice al Magistrato al Lavoro, diventa necessariamente una eccezione di incompetenza per materia.

La Legge 20 maggio 1985, n. 63, per la funzionale schematicità con cui ha costruito il processo del lavoro, naturalmente non indica specifiche soluzioni al problema della incompetenza per materia del Magistrato del Lavoro. Ciò è da ritenersi del tutto organico in una legge, che, nella sistematica delle fonti sammarinesi, va a collocarsi con tranquillità tra le "reformationes", previste dalla Rubrica XIII del Libro II delle "Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini", guadagnando così, nella sua applicazione, la stessa posizione gerarchica degli statuti.

Per ricercare una soluzione è perciò opportuno attenersi alla norma di rinvio del primo comma dell'art.13 della stessa Legge 20 maggio 1985, n. 63, onde è che "per quanto non previsto dalla presente legge si applicano le norme procedurali vigenti nella Repubblica". E' poi questo anche l'unico criterio vigente, per dare completezza alla procedura da praticarsi nelle cause avanti al Magistrato del Lavoro, in quanto positivamente stabilito.

Ma in questa ipotesi, seguendo la scelta nettamente positiva, il Magistrato del Lavoro è obbligato a rinviare la decisione al definivo. Peraltro l'incompetenza per materia deve dichiararsi d'ufficio da parte del Giudice. (cfr. Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese dell'Avv. Torquato C.Giannini Commissario della Repubblica di San Marino, riveduto ed accresciuto [...] dal Dott.Francesco Viroli, p.35 e seg.).

5) Le "controversie individuali e collettive di lavoro, relative a rapporti di lavoro subordinato privato", prima di essere portate alla conoscenza del Magistrato del Lavoro, devono sempre essere procedute da un tentativo di conciliazione davanti alla Commissione Permanente Conciliativa.

Tale tentativo è previsto dall'art. 2 della Legge 20 maggio 1985, n. 63, dato che "chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti di lavoro di cui all'art. precedente, deve preliminarmente sottoporre la controversia, anche per il tramite di una organizzazione sindacale registrata, alla Commissione permanente Conciliativa al fine di tentare la conciliazione".

L'atto con il quale si definisce il tentativo di conciliazione, cioè il processo verbale, rilasciato a norma del quarto comma dell'art.6 della Legge 20 maggio 1985, n. 63, deve essere allegato in copia alla istanza con cui si inizia la causa avanti al Magistrato del Lavoro.

Infatti il terzo comma dell'art.7 della Legge 20 maggio 1985, n.63, stabilisce che "è irricevibile la domanda alla quale non sia allegata copia del verbale di mancata o parziale conciliazione".

Si deve perciò concludere che solamente controversie aventi per oggetto rapporti di lavoro subordinati privati, sono di specifica ed esclusiva competenza del Magistrato del Lavoro, e devono essere preliminarmente preceduti da un tentativo di conciliazione.

Tale tentativo è atto formale preliminare di tutte le controversie in materia di rapporto di lavoro subordinato privato.

Anche da questo punto di vista si deve dichiarare che il Magistrato del Lavoro non è competente a conoscere la domanda proposta dalla parte attrice.

6) Ma il magistrato al Lavoro non è competente a conoscere la domanda neppure a sensi dell'art. 10 della Legge 11 marzo 1981, n°. 23.

La specificità della competenza attribuita da quella norma investe soltanto i comportamenti, posti in essere dal datore di lavoro, "diretti ad impedire o limitare l'esercizio dell'attività sindacale".

Trattandosi di disposizione di ius proprium non è poi consentita alcuna interpretazione estensiva. La norma pertanto è dettata non a tutela dell'imprenditore, ma soltanto a tutela di chi esercita una attività sindacale.

Si deve quindi concludere dichiarando che il Magistrato del Lavoro, anche da questo punto di vista, non può essere ritenuto competente a provvedere alla tutela di situazioni possessorie vantate dall'imprenditore.

Il ricorso ai §§ 325 e 326 della Rub. XLII delle Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini, invocato dalla parte attrice come semplice tutela del possesso della servitù di passaggio, modificato il titolo o causa petendi, se invece fosse stato richiesto alla Autorità Giudiziaria competente, quale è il Commissario della Legge nell'esercizio di funzioni giurisdizionali ordinarie, sarebbe stato applicabilissimo al caso di specie.

7) La novità del caso proposto alla conoscenza del Magistrato del Lavoro consente di disattendere il principio della soccombenza compensando le spese e gli onorari di causa fra le parti.

### 36.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 10 luglio 1991.

Rebosio Pietro (Avv. G. Micheloni) : Pelliccioni Marino (Avv. P.L. Bacciocchi) – Causa n. 222, anno 1990.

**Contratto di trasporto – Vettore – Responsabilità – Esclusione.**

*La presunzione di colpa, a carico del vettore, è esclusa nel caso in cui la perdita delle cose affidategli è dovuta ad una intervenuta, irresistibile violenza dei terzi.*

---

**FATTO**

Con istanza del 26 giugno 1990 l'attore ha chiamato in giudizio il convenuto "per sentirsi condannare, ogni diversa eccezione respinta, al pagamento del danno, subito [...] di £.45.134.830= [...], oltre £.910.000= per avvenuto pagamento di trasporto e così per totali £.46.044.830=, con gli interessi dalla data della citazione al saldo ed il corrispettivo dovuto per rivalutazione moneta su indici Istat, al pagamento di tutte le spese ed onorari del presente giudizio".

Assume infatti l'attore, di avere consegnato al convenuto, quale vettore, con bolla di consegna n. 5059 del 28 giugno 1989, merce di sua proprietà per il valore di £. 45.134.830= destinata al sig. Mario Bianco res.te a Napoli, in Via Pontenuovo, 21.

Assume altresì l'attore, che in data 29 giugno 1989 il camion del vettore convenuto subiva una rapina in Napoli, con totale perdita della merce e che nel fatto era da ravvisarsi la responsabilità dello stesso vettore.

Costituitosi regolarmente il convenuto, ha eccepito la completa infondatezza della domanda dell'attore, chiedendone il rigetto.

Nei rituali termini di prova sono stati prodotti documenti nell'interesse dell'attore, poi regolarmente ammessi; è stato anche sentito un testimone.

Risulta dagli atti di causa che, durante il parcheggio del camion di proprietà del vettore, in attesa di scaricare la merce trasportata, a Napoli, "tre uomini, di cui uno armato [...], mettevano in atto una rapina che sottraeva" l'intero carico di proprietà dell'attore.

La parte convenuta ha invece rinunciato ad ogni termine reprobatorio.

Dopo l'apertura del termine di controprova, peraltro spirato inutilmente, è stato aperto il termine per le allegazioni in diritto: depositate le memorie conclusionali, la causa è stata trattenuta per la decisione dopo che è stata posta "pro servato".

Il procuratore della parte attrice ha concluso chiedendo "dichiararsi responsabile il sig. Marino Pelliccioni del danno arrecato alla Ditta Meloni Rebosio, dolciumi alimentari, e condannarlo conseguentemente al risarcimento del danno cagionato in £.45.134.830= per valore della merce che aveva in consegna; condannarlo alla restituzione in favore della ditta Meloni Rebosio della somma di £.910.000= relativa all'avvenuto pagato trasporto, e così per totali £.46.044.830= con gli interessi legali del 7% dalla data della citazione al saldo, oltre alla rivalutazione del suddetto complessivo importo dalla data del 28 giugno 1989 al saldo, nonché alle spese ed onorari del presente giudizio, che si quantificano in complessive £. 3.200.000=".

Il procuratore del convenuto ha concluso chiedendo che: "ogni contraria istanza reietta, rigettare le pretese attoree in quanto destituite di ogni fondamento giuridico. Il tutto con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio".

**DIRITTO**

1) Eccepisce il convenuto che una costante giurisprudenza ha ormai affermato che il vettore, cioè “chi assume il trasporto di cose, é responsabile della loro perdita, se non prova che questa sia avvenuta per caso fortuito” (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 24 agosto 1949, nella causa n. 57, anno 1948, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 228 e poi anche Sentenza del Commissario della Legge 27 agosto 1950, nella causa n. 9, anno 1947, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 241).

A quella massima, certamente consolidata, si è pervenuti ritenendo che a carico del vettore sia stata stabilita una presunzione di colpa, come poi è stato ricavato dall’esame delle fonti romane e richiamandosi alla successiva elaborazione del diritto comune, e in primo luogo dal frammento D.4.9.1.pr, ove, riportando “l’edictum praetorium”, è previsto che “nautae, caupones, stabularii quod cuiusque saluum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo”.

Però per poter porre a carico del vettore una presunzione di colpa, dapprima si è allegato il commento di Ulpiano a quell’editto pretorio, che si legge a D.4.9.1.1 – “maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodire eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem absterneat huiusmodi fraudibus” - ritenendo che, la responsabilità del vettore per custodia enunciata da quel testo, stabilisca anche una sua presunzione di colpa a carico del vettore.

Poi prendendo in esame l’altro commento di Ulpiano alla stessa formula, che si legge al frammento D.4.9.3.1 – “nisi restituent, iudicium dabo” - sono state seguite le notazioni esposte e in particolare che trattasi di una azione in fatto.

Qui è anche affermato che, **per quanto riguarda la responsabilità del vettore, soccorrono il dominus l’actio locati-conducti, “si quidem merces intervenit”, se cioè è intervenuto il pagamento di un nolo al vettore, oppure l’actio depositi, “si gratis res susceptae sint”, se non è intervenuto prezzo.**

**Ne deriva che nel primo caso il vettore risponde solo per colpa, mentre nel secondo risponde solamente a titolo di dolo**, con la conseguenza che “hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius perierit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit”.

**Da ciò pertanto la giurisprudenza sammarinese fa derivare la presunzione di colpa a carico del vettore, che quindi è sempre presunto responsabile della perdita delle cose che gli sono state affidate.**

2) In realtà **nel diritto comune il vettore risponde per culpa laevissima**, laddove, sempre a D.4.9.3.1, è prescritto “at hoc edicto omnimodo qui recepit, tenetur: etiam si sine culpa eius res perierunt”. La glossa ordinaria, alla quale si adegua tutta la successiva dottrina di diritto comune, ritiene quindi che si risponda per colpa “scilicet levi; levissima tamen intervenit, nam si nec levissima intervenit, ergo fuit casus fortuitus et sic non tenetur” – “cioè lieve, tuttavia interviene la lievissima, infatti se non interviene neppure la lievissima, allora é stato caso fortuito, e perciò non é responsabile”.

Solo in conseguenza di affermazioni di questo tipo **la giurisprudenza sammarinese può concludere che il vettore, per liberarsi della propria responsabilità derivante da una presunzione di colpa posta a suo carico - la culpa laevissima -, deve dimostrare che la perdita è dovuta a caso fortuito, definito, in quelle stesse decisioni e senza aprire nota, come un “accidens quo per custodiam, curam vel diligentiam mentis humanae non potest vitari ab eo qui patitur” – “un fatto accidentale che in**

**conseguenza della custodia, della cura o della diligenza, non può essere evitato da colui che lo subisce”.**

**Ma il furto, inteso naturalmente come sottrazione delle cose affidate al vettore, non è considerato anche dalla giurisprudenza sammarinese come “un evento che a priori possa ritenersi imprevedibile”. Si richiama così la responsabilità del vettore al fine di evitare una sottrazione, nella quale potrebbe essersi in un qualche modo compromesso lo stesso vettore.**

Sui limiti della responsabilità del vettore la ricordata glossa ordinaria chiarisce molto il percorso, esegetico e sistematico, della dottrina del diritto comune, per ammettere l’eccezione del caso fortuito: “quidam tamen dicunt quod licet non adhibeat levissimam culpam quis: puta qui fuit furto subtracta: ubi non est fortuitus casus: nam furtum non computatur inter fortuitos casus, licet latrocinium” – “alcuni tuttavia dicono che non ricorra la colpa lievissima: poni il caso che la cosa fu sottratta per furto: che non è caso fortuito: infatti il furto non si colloca tra i casi fortuiti, ma il latrocinio”. E poi prosegue concludendo: “sed responde quando levissima culpa intervenit, nam inter levissimam culpam et casum fortuitum nihil est medium” – “ma tu rispondi quando interviene la colpa lievissima, infatti tra la lievissima colpa e il caso fortuito non c’è nulla di intermedio”.

Avverte la dottrina successiva che, **nella impossibilità di collocare il furto all’interno del caso fortuito, è stata così introdotta l’eccezione del latrocinium, cioè le ipotesi di rapina, brigantaggio, e pirateria**, in definitiva le stesse ipotesi recepite poi anche dalla eccezione ammessa dalla giurisprudenza sammarinese: “nota glosam, quae dicit furtum non computari inter casus fortuitos, sed latrocinium sic” – **“ricorda la glossa che dice che il furto non si colloca tra i casi fortuiti, ma il ladrocinio sì”** (cfr. per tutti Albericus a Rosate, In primam Digesti Veteris partem Commentarii, Nautae, caupones stabularii ut recepta restituant (4.9) l. Et ita de facto (3), § Ex hoc edicto (1), ed. Venetiis 1585, f.289ra, nu.3).

Parlare quindi di eccezione relativa al furto, che sulla base delle sole fonti romane la giurisprudenza sammarinese però ha ormai definitivamente accolto, forse è improprio o quanto meno giuridicamente impreciso. E’ vero che l’eccezione è quella inizialmente introdotta da Labeone, ed espressamente prevista a D.4.9.3.1, per cui “si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari” – “se le cose periranno a causa di un naufragio o per violenza dei pirati, non sembra iniquo riconoscere l’eccezione”. Ma è anche vero che il testo richiama una situazione che appunto integra gli estremi del latrocinium, la situazione giuridica su cui ha lavorato il diritto comune per ammettere l’eccezione.

Aggiungerei infine che **l’ipotesi, su cui si fonda l’allegata giurisprudenza, non sembrerebbe proprio collocabile negli estremi del casus fortuitus**, come vorrebbero le allegate decisioni, **ma semmai integra perfettamente gli estremi della vis maior, o meglio di una eccezione che deriva, come fatto estintivo per sollevare l’eccezione al vettore, per l’irresistibile violenza dei terzi.**

Nella originaria eccezione dei testi romanistici, è invece sicuramente da restituirsi al casus fortuitus la perdita della cosa per causa naturale, quale è l’ipotesi ivi formulata di naufragium. Si dovrà solo incidentalmente osservare che, nella responsabilità del vettore, gli effetti derivanti dalla vis maior sono poi gli stessi che derivano dal casus fortuitus.

In altre parole sulla scorta della dottrina del diritto comune - e in particolare richiamando l’elaborazione intorno all’ipotesi specifica per vim piratarum - **la giurisprudenza**

sammarinese ha definitivamente ritenuto che il vettore venga esonerato dalla responsabilità, quando il latrocinium, o se si vuole, perché a questo punto non fa alcuna differenza, anche “il furto è stato commesso da molte persone oppure a mano armata”.

3) La rapina subita dal convenuto integra perfettamente l’eccezione riconosciutagli dalla ormai consolidata giurisprudenza sammarinese.

Le argomentazioni addotte dall’attore sulla mancata diligenza del vettore, non trovano sufficiente rilevanza giuridica per poter essere accolte in presenza di una responsabilità, quale è quella per custodia, che è talmente ampia da essere esclusa solo dal caso fortuito.

**Secondo la consolidata giurisprudenza l’attacco a mano armata non è un evento prevedibile.** Argomentando dalle fonti del diritto comune, si deve concludere che **non è un evento prevedibile neppure quanto avviene in una zona considerata insicura.**

L’eccezione è ammessa dalla giurisprudenza sammarinese ed è enunciata con precisione nei suoi estremi in fatto. In costanza di una giurisprudenza, che equipara la culpa laevissima alla presunzione di colpa, l’eccezione non è modificabile con indagini sulle valutazioni soggettive del vettore.

Già la culpa laevissima, che è exactissima diligentia custodiendae rei, non ammette indagini intorno ad elementi, tutti soggettivi, quali possono essere le valutazioni del vettore. Si afferma in dottrina, che nella responsabilità del vettore, al di là della colpa, per cui sempre risponde delle cose perdute fino ad essere elevata a preseunzione, c’è soltanto il caso fortuito o la forza maggiore, senza alcuna soluzione di continuità.

L’eccezione che oppone il vettore nasce invece in dottrina e in giurisprudenza dalla valutazione del latrocinium. Proprio nella sua forma concreta l’eccezione è quella che nasce per vim piratarum: così è conosciuta dalle fonti ed è richiamata dalla giurisprudenza sammarinese. **Ne deriva che la rapina, il brigantaggio e la pirateria sono opponibili al committente anche quando avvengono in luoghi insicuri, quali sono quelli infestati da malfattori, perchè - ed è la ratio della eccezione - alla violenza di terzi nulla può né deve opporre il vettore.**

Le valutazioni soggettive sull’insicurezza dei luoghi, nel sistema elaborato dalla giurisprudenza sammarinese sulla responsabilità del vettore, si devono correttamente ricondurre invece al rischio del committente e solo su questo hanno incidenza, perchè costituiscono il fondamento della responsabilità per custodia del vettore.

**La presenza di più persone e la circostanza che la sottrazione è avvenuta a mano armata, escludono la presunzione di colpa - la culpa levissima del diritto comune - del vettore, che la giurisprudenza sammarinese ha individuato: i fatti accaduti integrano gli estremi del latrocinium e producono, sia per le fonti del diritto comune, sia per la giurisprudenza sammarinese, gli stessi effetti del caso fortuito.** In ogni caso sono una eccezione opponibile validamente da parte del vettore per la perdita della merce trasportata.

Nel caso di specie il vettore, convenuto in giudizio, è dunque in grado di liberarsi completamente dalla presunzione di colpa, che si vuole posta ex lege a suo carico, avendo dimostrato in modo tutto positivo, che la perdita delle cose affidategli dall’attore, è dovuta ad una intervenuta irresistibile violenza dei terzi, perchè “il furto è stato commesso da molte persone oppure a mano armata”.

Le spese e gli onorari di causa sono da porsi a carico della parte soccombente.

## 37.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 17 luglio 1991.

C.M. e M.; Cause riunite n. 135, anno 1986, n. 33, anno 1990, proc. vol. giur. n. 130, anno 1982.

**Minore – Stato di abbandono – Potestà dei genitori: decadenza – Adozione.**

*La decadenza della potestà del genitore è pronunciata quando il genitore viola o trascura, con grave pregiudizio del figlio, i doveri ad essa inerenti.*

*La nozione di grave pregiudizio, molto lata, comprende ogni danno, di qualsiasi natura, arrecato al minore.*

---

FATTO

(omissis)

DIRITTO

(omissis)

E' comune nozione che le singole norme di una legge non devono essere avulse dall'intero contesto in cui il legislatore logicamente le ha poste; devono essere quindi interpretate, ed applicate al caso concreto, come le tessere di un vasto e ben commesso mosaico, disposto secondo precise regole logiche e giuridiche.

Così è nella legge 26 aprile 1986 nr. 49.

L'inidoneità originaria dell'ambiente familiare, che giustifica l'affidamento temporaneo (art. 58), dà luogo nel persistere del tempo delle condizioni personali dei genitori, e soprattutto nel loro aggravarsi, in particolare quando i genitori rifiutano senza giustificazione alcuna le misure di sostegno offerte dal Servizio Minori, al definitivo stato di abbandono dei minori (art. 64), alla dichiarazione dello stato di adottabilità (art. 67), alla quale consegue la decadenza della potestà dei genitori (art. 70), la definitiva adozione (art. 75).

L'art. 70 ha evidente, logica e giuridica connessione con l'art. 86 che dispone: "Il Commissario della Legge può pronunciare la decadenza della potestà, quando il genitore viola o trascura in modo grave i doveri ad essa inerenti o abusa dei poteri con pregiudizio del figlio".

La principale direttiva a cui si è ispirata la riforma del diritto di famiglia, in tema di potestà, è stata quella di realizzare una effettiva parità dei genitori nella attuazione della potestà medesima. La disciplina anteriore era dominata dalla opposta concezione della prevalenza del padre, al quale spettava l'esercizio effettivo della potestà, mentre alla madre era attribuita la funzione educativa e per di più in posizione subordinata rispetto al marito "capo della famiglia".

**L'art. 81 della Legge nr. 49 dell'anno 1986 attribuisce invece la potestà (che ora non si chiama più "patria"; da alcuni è definita "genitoria", da altri "parentale"), a entrambi i genitori, i quali devono esercitarla di comune accordo, salvo il ricorso al**



**Commissario della Legge nel caso di contrasto su questioni di particolare importanza.**

La legge di riforma, peraltro, non si è limitata ad attuare questa direttiva, ma ha introdotto una serie di ulteriori modifiche alla disciplina dell'istituto, sia per quanto attiene all'aspetto "interno", sia per quanto riguarda l'aspetto "esterno", ma la distinzione fra tali due aspetti ed eventuali questioni e problemi ad essi inerenti, qui non interessano.

Per quanto attiene all'abuso della potestà e più in generale alle vicende modificative ed estintive della potestà stessa, l'art. 86 della Legge di Riforma subordina la decadenza alla circostanza che il genitore arrechi un grave pregiudizio al figlio, violando o trascurando i doveri inerenti alla potestà, o quei doveri la cui osservanza è un necessario presupposto per l'esercizio della potestà. Il testo dell'articolo menziona anche l'abuso dei relativi poteri, come distinto comportamento del genitore da cui può derivare il grave pregiudizio del figlio. Ma la distinzione è solo apparente, perché i poteri inerenti alla potestà, in quanto attribuiti al genitore nell'esclusivo interesse del figlio, debbono essere correttamente esercitati dal genitore stesso; l'abuso di tali poteri quindi rientra già nella violazione dei doveri inerenti alla potestà.

**Conseguenza della violazione dei doveri del genitore, e l'unica che comporta l'estinzione della potestà è la decadenza dalla potestà stessa, che è pronunciata dal Commissario della Legge, quando il genitore viola o trascura con grave pregiudizio del figlio i doveri ad essa inerenti.**

**Presupposto del provvedimento è anzitutto la mancata osservanza, per via di azione o di omissione, dei doveri inerenti all'ufficio, e cioè la cattiva o mancata educazione, amministrazione ed in genere sostituzione del figlio.** Ma se il genitore, ad esempio, violenta la figlia o attenta alla vita del figlio o lo lascia pressochè morire di stenti, in realtà non può dirsi che violi dei doveri inerenti alla potestà, in quanto si tratta di doveri del tutto indipendenti dalla spettanza dell'ufficio. D'altra parte, nelle situazioni ipotizzate, non sembra conforme alla "ratio legis" che il genitore conservi la potestà; **l'espressione della legge "doveri ad essa inerenti" va quindi intesa in senso lato, deve cioè ritenersi comprensiva di quei doveri il cui adempimento è condizione necessaria per l'adempimento di quelli inerenti alla potestà.** Così l'osservanza, nei confronti del figlio, del dovere che impone a ciascun uomo di rispettare la vita altrui è un presupposto necessario per l'adempimento dei doveri di educazione e di sostituzione inerenti alla potestà. **Alla violazione dei doveri deve conseguire un grave pregiudizio per il figlio. La nozione di pregiudizio è molto lata e comprende ogni danno, patrimoniale o no, arrecato al minore. Di per sé il pericolo e cioè la possibilità di grave pregiudizio non ha rilievo; tuttavia la certezza morale e cioè la somma possibilità di un danno futuro può giustificare la decadenza, poiché in tal caso il pregiudizio può considerarsi come già esistente e soltanto differito nella sua manifestazione. Il grave pregiudizio del figlio ha rilievo solo in quanto costituisca un effetto della violazione dei doveri da parte del genitore; ove manchi il nesso di causalità, il grave pregiudizio non potrebbe imputarsi al genitore. Effetto della decadenza è l'estinzione della potestà e conseguentemente di tutti i doveri e poteri ad essa inerenti.** Non vi è contrasto con il principio proclamato dall'art. 31 della stessa Legge di Riforma secondo il quale è dovere e diritto dei genitori "mantenere, istruire ed educare la prole", poiché il provvedimento in questione si giustifica pienamente come

uno di quei casi di incapacità dei genitori nei quali la legge provvede a chè siano assolti i loro compiti.

**Nel caso in cui la decadenza è irrogata ad ambedue i genitori, si apre la tutela.**

Occorre infine rammentare ancora e porre in massima evidenza le considerazioni seguenti:

- 1) la procedura “per formulas” fortunatamente è tramontata da tempo;
- 2) specialmente in materia di volontaria giurisdizione e più in particolare **quando si tratti di tutelare i minori, occorre rigorosamente applicare l’aurea regola, reiteramente ribadita da Ramoino e Astuti, di guardare “non a costruzioni giuridiche astratte, ma alla realtà dei fatti, per seguire la soluzione che a questi si presenta più aderente; sotto tale profilo, può fondatamente decidersi ogni questione, anche prescindendo dal jus commune ... sulla base dell’opinione comune dei dottori, confermata dall’autorità di Bartolo e Baldo”** “*equitatem praecipuae spectandam, et ex bono et aequo causas dirimendas esse, et de apicibus juris disputare minime congruere, nemo est profecto qui nesciat id enim in sexcentis locis recentiores iurisconsulti tradidere*”;
- 3) anche ammessa, ma non concessa, l’esistenza di formali e materiali omissioni, fondamentale resta il fatto che il pubblico atto di adozione è stipulato da notaio sammarinese alla presenza del Commissario della Legge il quale interviene per sanare, autorizzare, concedere, occorrendo, la diminuzione del limite di età; questo Giudice con sentenza 26 luglio 1974 (Giur. Samm., anni 1970-1980 pag. 327) ha affermato: “In merito all’intervento del Magistrato nell’atto di adozione, deve notarsi che in materia di volontaria giurisdizione, i dottori distinguono la volontaria propriamente detta e la onoraria; la prima si esplica in un interesse meramente privato, l’altra intende imprimere carattere di solennità a certi atti che altamente interessano l’ordine sociale. Gli atti di quest’ultima natura, tendono più all’imperium che alla iudicatio, vengono annessi alla dignità di una certa funzione e differenziano dagli ordinari atti giudiziari. Così avviene riguardo all’adozione, la conferma della quale è inerente all’alta funzione del Commissario della Legge in cui l’imperium si manifesta luminosamente” Ciò è confermato dall’alta autorità del Voet (Comm. ad Pand., lib. II, tit. I, parag. 38): “siccome poi, concessa la giurisdizione reputasi parimenti concesso tutto ciò senza cui non potrebbe essere esercitata, non è da meravigliare che ad essa sia inerente l’imperio, il quale altro non è se non la potestà di comandare, costringere e punire. Laonde nemmeno agli atti di volontaria giurisdizione manca l’imperio, dicendo Giustiniano che l’adozione viene fatta per imperio del magistrato; non già perché l’Imperatore costringa chicchessia all’adozione ma perché, intervenuta una volta l’adozione mediante la libera volontà dell’adottante e dell’adottato, il pretore la garantisce con la sua autorità, affinché nessuno contrarii ciò che di sotto la sua autorità e sorveglianza venne operato; in modo analogo a ciò che fa il Giudice quando pronuncia, nei giudizi divisorii, la distribuzione delle cose, a tenore di quanto fu convenuto tra i litiganti”.

(omissis)

### 38.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 24 luglio 1991.

Micheloni Gisella (Avv. G.B. Busignani) : Morigi Massimo (non comparso) – Causa n. 150 anno 1991.

**Volontaria giurisdizione – Provvedimento dell'Autorità giudiziaria italiana – Delibazione.**

*Il provvedimento di volontaria giurisdizione emesso dall'autorità giudiziaria italiana, benché non contemplato dalla Convenzione italo-sammarinese, può essere delibato nel territorio della Repubblica, ricorrendo ai principi posti dal diritto internazionale.*

---

**FATTO**

Con istanza depositata in Cancelleria il 13 giugno 1991 l'attrice, a mezzo suo procuratore, ha chiesto dichiararsi esecutiva nel territorio della Repubblica il decreto n. 1548/88, Reg.Cronologico 7541, repertorio n.1429, emesso in data 22 luglio 1988 dal Tribunale di Ravenna, in Camera di Consiglio, nella causa civile promossa dal Sig. Massimo Morigi, oggi convenuto, contro la Sig.ra Gisella Micheloni, attuale istante, avente per oggetto la dichiarazione di separazione consensuale.

All'istanza è allegata copia del predetto decreto, che reca il dispositivo, che testualmente si trascrive: "Poiché le formalità di legge sono state esperite, sentito il Pubblico Ministero nelle sue conclusioni, omologa la separazione dei coniugi Morigi Massimo nato a Ravenna il 13 maggio 1962 e Micheloni Gisella nata a San Marino il 12 gennaio 1965 alle condizioni indicate nel ricorso depositato il 25 maggio 1988 che qui si hanno come integralmente riportate e trascritte".

E' stata inoltre prodotta copia dell'istanza congiunta dei due coniugi, nella quale dopo aver dichiarato che hanno contratto matrimonio in San Marino in data 17 marzo 1984 e che dalla loro unione non è nata prole, hanno consensualmente deciso di separarsi alle seguenti condizioni: "1) i coniugi vivranno separati, restando il marito nella casa coniugale in sua proprietà in Ravenna, mentre la moglie si è già trasferita in altro domicilio per il quale provvederà alle relative spese; 2) avendo entrambi i coniugi piena autonomia patrimoniale, nessuna istanza viene proposta in tal senso; 3) i coniugi si concedono reciprocamente ampia libertà di vita di relazione con rinuncia fin da ora ad ogni azione civile e penale; 4) la comunione dei beni fra gli stessi è sciolta con effetto immediato ed i rapporti sono già stati prima d'ora definiti: a seguito di ciò resta attribuita in piena ed esclusiva proprietà l'autovettura Fiat Uno a Morigi Massimo; 5) i coniugi si concedono sin d'ora il nulla osta al rilascio dei rispettivi passaporti per l'estero".

Il procuratore dell'istante conclude perché, al richiamato decreto del Tribunale di Ravenna, venga accordata esecutorietà nel territorio di questa Repubblica, autorizzando contestualmente l'Ufficiale di Stato Civile a procedere a tutte le opportune e conseguenti annotazioni.

**DIRITTO**

1) Le decisioni pronunciate dall'Autorità Giudiziaria Italiana possono avere esecuzione nel territorio della Repubblica di San Marino allorquando ricorrono tutti i requisiti e le

condizioni previste dall'art.5 e seguenti della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato, convenzione stipulata tra i due Stati il 31 marzo 1939, e del successivo accordo aggiuntivo stipulato tra le stesse parti il 28 febbraio 1946.

Trattasi però di provvedimento di omologazione, preso dal Tribunale di Ravenna in Camera di consiglio sulla procedura di separazione consensuale dei due coniugi. Il provvedimento camerale, anche avendo efficacia costitutiva, si è tradotto in una verifica della ritualità dello svolgimento del giudizio e della competenza del giudice adito, nonché di un controllo sulla legittimità delle condizioni intercorse tra i coniugi.

A tale provvedimento camerale, a norma dell'art. 741 del Codice di Procedura Civile Italiano, pur essendo acquisita efficacia, anche di titolo esecutivo dopo l'inutile decorso del termine senza reclamo, non è invece riconosciuta nel diritto italiano l'autorità di cosa giudicata.

In tali condizioni il provvedimento camerale di omologazione non riceve la dichiarazione di aver acquisito forza di cosa giudicata, di cui sub 1, del primo comma dell'art. 5 della convenzione, mentre ricorrono tutti gli altri requisiti.

Pertanto non è spedito in forma autentica facendone derivare documento alla cittadina sammarinese interessata, che non potrebbe farlo valere nel territorio della Repubblica in forza della sola Convenzione.

Ma un tale provvedimento, quando fosse emesso dall'Autorità Giudiziaria Sammarinese, a norma dell'art. 801 del Codice di procedura Civile Italiano, relativo al regime dei provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione, avrebbe avuto efficacia immediata nell'ordinamento Italiano, acquistandola *ex sese*, in virtù delle sole norme di diritto internazionale.

Sarebbe poi assurdo che la convenzione impedisse all'Autorità Giudiziaria Sammarinese di deliberare un atto di volontaria giurisdizione, legittimamente proveniente dall'Autorità Giudiziaria Italiana, e che interessa un cittadino sammarinese.

**Il principio di reciprocità che presiede ai rapporti di diritto internazionale, enunciati anche al primo comma dell'art. 11 della ricordata convenzione, sembra potersi invocare a favore della attrice, che deve far valere un provvedimento di volontaria giurisdizione relativo al suo *status* personale. Tale provvedimento di una Autorità Giudiziaria straniera, non espressamente contemplato dalla convenzione, può essere fatto valere e conseguentemente deliberato anche nel territorio dello Stato di cui l'istante è cittadina, senza dover dar luogo ad alcuna *deminutio*.** Si possono quindi richiamare come precedenti analoghi provvedimenti di volontaria giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Sammarinese che sono stati fatti valere direttamente nella Repubblica Italiana a sensi del citato art. 801 del Codice di Procedura Civile Italiano (cfr. Appello Torino 24 aprile 1952, in Rivista di diritto Processuale, 1952, II, p.139; e poi anche Appello Bologna 5 gennaio 1951, in Repertorio del Foro Italiano 1951, Del.18).

2) Anche altre considerazioni relative a principi generali di diritto internazionale acquisiti dall'Ordinamento sammarinese e che non sono in contrasto con l'intervenuta e dominante convenzione, soccorrono poi una tale decisione. Dette considerazioni non tolgono all'accordo alcuna forza cogente conseguente alla ratifica, ma giustificano semmai un intervento per quelle situazioni processuali che la convenzione non inibisce, ma alle quali non sembra neppure dare piena attuazione.

**Le decisioni in materia civile pronunciate da una Autorità Giudiziaria di un paese o di un ordinamento straniero, con il quale non sono state stipulate particolari**

**convenzioni, nell'Ordinamento Sammarinese, per antica pronuncia** (cfr. decisione dell'Ecc.mo Consiglio dei XII del 27 gennaio 1900, nella causa Valli c. Riccardi, essendo consultore G.Marucchi in Rivista di diritto internazionale, 1990, p.70) **cui si è adeguata tutta la successiva giurisprudenza** (cfr., p.e., sentenza del Commissario della Legge del 31 maggio 1952 nella causa n°. 155 dell'anno 1952, promossa da F.G. contro R.L.; sentenza del Commissario della Legge del 27 novembre 1974 nella causa n°. 303 dell'anno 1974, promossa da G.B. Busignani e sentenza del Commissario della Legge del 22 marzo 1989 nella causa n°. 86 dell'anno 1989, promossa da E.Calzolari c. G.Mularoni), **possono ottenere esecutorietà, escludendo qualsiasi riesame del merito e limitando l'esame della stessa decisione soltanto ai semplici requisiti formali di legittimità, di autenticità e del rispetto dei principi dell'ordine pubblico interno** (cfr.T.GIANNINI - F.VIROLI, Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, San Marino 1967, pp.118-120).

Sempre secondo le ormai consolidate indicazioni della giurisprudenza, fondate sull'enunciazione generale che richiama i "vincoli di solidarietà" che, sul piano dell'esercizio della giurisdizione, uniscono gli Stati e gli ordinamenti appartenenti alla comunità internazionale, e **proprio per la mancanza di disposizioni speciali tra i soggetti internazionali, l'esame della decisione che si chiede rendersi esecutiva - il c.d. *exequatur* - si limita a verificare formalmente soltanto il ricorso dei menzionati principi posti dal diritto internazionale.**

**La verifica che consente di accordare esecutorietà alla pronuncia dell'Autorità Giudiziaria straniera, quando non poteva essere richiamata una convenzione, si è sempre limitata all'esame di precise e specifiche circostanze, come la provenienza da una competente autorità giudiziaria, il suo passaggio in cosa giudicata ed infine la non contrarietà ai principi dell'ordine pubblico sammarinese.**

3) Non esistono dubbi che ad omologare un atto di separazione consensuale, perfezionatosi tra le parti in Italia, sussista la competenza dell'Autorità Giudiziaria Italiana, ed in particolare del Tribunale di Ravenna, di fronte al quale i coniugi hanno congiuntamente presentato istanza accettandone la giurisdizione e ogni altro incombenza relativo alla notifica.

Nel caso di specie però dovrà essere considerata soltanto la intervenuta efficacia del decreto di omologazione di separazione consensuale, emesso in camera di consiglio.

Non costituisce impedimento che si accordi esecutorietà al decreto di omologazione il fatto, che a norma dell'art. 742 del Codice di Procedura Civile Italiano, il provvedimento stesso possa essere modificato o revocato senza limiti di tempo, anche se divenuto efficace a norma dell'art. 741 dello stesso codice.

Proprio da ciò discende, nel diritto italiano, l'inidoneità del provvedimento di omologazione ad acquisire autorità di cosa giudicata.

Ma la sua modificabilità e revocabilità non può inibire allo stesso di ottenere esecutorietà nell'Ordinamento Sammarinese, anche solo come provvedimento di volontaria giurisdizione dettato dall'Autorità Giudiziaria italiana.

Agli accordi già intervenuti tra i coniugi ed omologati in Camera di Consiglio dal Tribunale di Ravenna, si deve riconoscere perlomeno l'idoneità a spiegare la stessa efficacia, che già hanno avuto in Italia e che avrebbe in Italia un identico provvedimento della Autorità Giudiziaria Sammarinese.

Occorre infine che la decisione, per la quale è richiesta l'esecutorietà, non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico sammarinese.

E' però evidente che non può considerarsi contraria all'ordine pubblico un provvedimento che ha omologato gli accordi intervenuti tra le parti determinando il regime della separazione consensuale tra coniugi.

Il Titolo X della Legge 26 aprile 1986, n°. 49 prevede espressamente nell'Ordinamento Sammarinese la separazione consensuale, che a norma del primo comma dell'art. 112 deve essere omologata da S.S il Commissario della Legge: si tratta quindi di rendere esecutivo nel territorio della Repubblica un istituto esistente anche nell'Ordinamento Sammarinese.

Ricorrono pertanto tutti gli estremi formali e sostanziali per concedere l'esecutorietà nel territorio della Repubblica al decreto di omologazione e alle condizioni di separazione intervenute tra le parti e già riportate.

5) Unitamente alla pronuncia di esecutorietà la parte istante richiede che, a norma del secondo comma dell'art.126 della Legge 26 aprile 1986, n°. 49, sia disposto che il Cancelliere del Tribunale Commissariale dia comunicazione di questa pronuncia all'Ufficiale di Stato Civile per l'annotazione relativa.

La richiesta può essere accolta in base alle considerazioni già esposte intorno alla posizione sfavorevole nella quale verrebbe a trovarsi il cittadino sammarinese, e nulla vieta di disporre l'annotazione.

Pertanto l'Ufficiale dello Stato Civile, è autorizzato ad annotare gli estremi di questa decisione a margine degli Atti dello Stato Civile relativi di entrambe le parti.

Le spese ed onorari del presente giudizio devono essere compensati tra le parti, non potendosi attribuire alla parte convenuta alcun atteggiamento litigioso.

### 39.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 24 luglio 1991.

Maiani Marino e Mazza Santa (Avv. G.B. Reffi) : Maiani Augusto (non comparso) e Pula Rina (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 106, anno 1989.

#### **Rinunzia alla lite – Contestazione della lite – Decisione sul merito di causa.**

*Deve emettersi sentenza sul merito del giudizio, abbandonato dall'attore dopo la contestazione della lite.*

*La contestazione della lite si verifica ogni qualvolta il convenuto oppone eccezioni generiche, o specifiche o quando opponga una riconvenzionale, cioè in tutti i casi in cui si determini l'oggetto del dibattito ed il giudice causam audire incipit.*

---

(omissis)

### 40.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 24 luglio 1991.

Battistini Maria Pasqua (Avv. G. Micheloni) : Benedettini Roberto e Fortunato (Avv. G. Lonfernini) – Causa n. 182, anno 1989.

**Responsabilità civile aquiliana – Giudizio penale e civile: rapporto – Danno biologico – Risarcibilità – Criteri di liquidazione.**

*L'estinzione del reato, e quindi l'archiviazione del procedimento penale, non impedisce l'esperimento dell'azione civile di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità ex lege Aquilia.*

*Con l'actio ex lege aquilia l'attore tende ad ottenere il risarcimento dei danni che esso assume di avere risentito in conseguenza di un comportamento antigiuridico posto in essere dal convenuto nei confronti di esso attore.*

*Il danno biologico, che deve ritenersi danno patrimoniale, deve essere risarcito con una somma di denaro autonomamente liquidata da quella riconosciuta a titolo di danno morale.*

*Per la valutazione del danno biologico appare opportuno adottare il criterio del triplo della pensione sociale, in quanto più adatto ai casi di esclusiva invalidità temporanea.*

---

FATTO

Con atto di citazione in data 28 giugno 1989 la signora Battistini Maria Pasqua ha convenuto avanti a questo Tribunale i signori Benedettini Roberto e Benedettini Fortunato per sentirli condannare “ognuno per il fatto imputabile: A) al risarcimento dei danni subiti dalla sig.ra Battistini Maria Pasqua, siano essi morali che materiali; B) al risarcimento di tutte le spese mediche, farmaceutiche, ospedaliere, trasferte assistenza e quant'altro documentabile; C) alle spese ed onorari del presente giudizio, il tutto con rivalutazione monetaria, calcolo degli interessi sulle somme anticipate e come sarà puntualmente e specificatamente documentato in corso di causa”.

Esponeva l'attrice che nel giorno di venerdì 11 luglio 1986 essa, per futili motivi di vicinato, veniva selvaggiamente aggredita e percossa: a) dal signor Benedettini Roberto con una sbarra di ferro all'arto superiore destro, con conseguente “blocco di conduzione”. Tali lesioni richiederebbero un duplice intervento chirurgico; b) dal signor Benedettini Fortunato, con un pugno in pieno viso con conseguente “frattura della piramide nasale e del retto del naso”. Tali lesioni richiederebbero un intervento chirurgico di sinorettoplastica.

Per tali fatti essa attrice ha sporto denuncia in sede penale, ma i reati sono stati dichiarati estinti per sopraggiunta prescrizione, onde essa agisce in sede civile per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dai fatti illeciti posti in essere dai convenuti.

All'udienza fissata per la seconda citazione si costituivano i convenuti a mezzo di procuratore, e contestualmente, il signor Benedettini Fortunato avanzava azione riconvenzionale nei confronti della signora Battistini Maria Pasqua, per sentirla condannare “al risarcimento di tutti i danni morali e materiali subiti dal Benedettini Fortunato per le lesioni a lui arrecate dalla convenuta, nonchè al risarcimento di tutte le spese mediche, farmaceutiche, ospedaliere e quant'altra spesa riconducibile e relativa

alle lesioni subite, e a tutte le spese ed onorari del presente giudizio, il tutto rivalutato monetariamente”.

Assumeva il signor Benedettini Fortunato di essere stato picchiato dalla signora Battistini in data 11 luglio 1986, e di avere riportato la frattura delle ossa nasali con ecchimosi laterale destra del setto nasale. In data 17 luglio 1986 egli veniva ricoverato urgentemente all'Ospedale Civile di Rimini per essere sottoposto ad intervento chirurgico al naso. Le lesioni riportate necessiterebbero di terapia chirurgica con costo di circa dieci milioni.

Nei rituali termini di prova venivano ammessi ed escussi testi, ammessi documenti, e disposta l'allegazione agli atti del fascicolo penale n. 617 dell'anno 1986.

Veniva, infine, ammessa la perizia giudiziaria “al fine di accertare l'entità delle lesioni subite dalle parti in causa ed in conseguenza il danno economico realmente subito dalle stesse”.

Il nominato perito, dott. Giancarlo Ghironzi, depositava in data 26 ottobre 1990 la relazione peritale, la quale veniva allegata agli atti di causa con decreto in data 18 dicembre 1990.

Aperto il termine per le allegazioni in diritto la procura attrice ha concluso chiedendo “condannarsi solidalmente i signori Benedettini Fortunato e Benedettini Roberto al risarcimento dei danni provocati alla signora Battistini Maria Pasqua, in conseguenza del fatto illecito dell'11 luglio 1986, alla complessiva somma di L. 35.000.000= per il risarcimento del danno anatomico e biologico; L. 3.300.000= per invalidità temporanea totale; L. 1.650.000= per invalidità temporanea parziale; L. 8.000.000= per preventivate spese chirurgiche; L. 5.000.000= per spese genericamente sostenute nel corso della malattia e L. 7.500.000= per spese ed onorari in sede civile e penale. Per quanto riguarda il risarcimento del danno morale, si ritiene giusto indicarne la quantificazione in L. 10.000.000= e così per un totale di L. 70.450.000= oltre agli interessi legali del 7% da calcolarsi sulle somme dovute a risarcimento danno dalla data della citazione al saldo”.

La procura convenuta ha, invece, richiesto: “1) dichiarare estraneo ai fatti il Benedettini Roberto e di conseguenza respingersi l'istanza della Battistini Pasqua nei confronti del citato Benedettini Roberto, con la condanna della Battistini al pagamento delle spese e degli onorari di causa; 2) Assolvere, in primis, il Benedettini Fortunato, in quanto non risulta essere provato che la frattura delle ossa nasali, riportate dalla Battistini, sia stata provocata dal colpo ricevuto dal Benedettini [...]; 3) In via del tutto subordinata, sciolto e risolto dal Giudicante ogni dubbio sollevato al punto due, dichiarare compensati per quanto riguarda i danni morali e quelli eventualmente (che esistono però a detta del perito d'ufficio) derivanti da invalidità temporanea spettante alla Battistini e al Benedettini; 4) Riconoscere in favore del Benedettini Fortunato (quale titolare di una impresa) un danno economico temporaneo derivante dalla inattività di giorni 21 di L. 2.100.000= in più rispetto a quello della Battistini, casalinga; 5) compensare in ogni caso le spese e gli onorari del giudizio e quelle vantate dall'I.S.S.”.

## DIRITTO

1. L'attrice richiede, dunque, la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni derivanti dall'averle provocato, ciascuno in modo indipendente, lesioni personali. Parimenti, il convenuto Benedettini Fortunato, agendo in via riconvenzionale, richiede la



condanna di essa attrice al risarcimento dei danni conseguenti alle lesioni personali cagionate allo stesso.

Devesi, *in primis*, osservare che le parti, ciascuna per i rispettivi danni subiti, avevano presentato formale querela in sede penale.

Risulta peraltro che gli atti del procedimento penale n. 617 dell'anno 1986 (allegati al presente fascicolo) contro Benedettini Fortunato, Benedettini Roberto e Battistini Maria Pasqua, sono stati archiviati con decreto in data 8 marzo 1989 per estinzione del reato conseguente alla intervenuta prescrizione dello stesso, "senza pregiudizio dei diritti e delle azioni spettanti in altra sede".

**Per un consolidato orientamento della giurisprudenza sammarinese l'estinzione del reato, e quindi l'archiviazione del procedimento penale, non impedisce l'esperimento successivo dell'azione civile di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità *ex lege Aquilia*, e ciò poiché i presupposti dell'azione civile sono diversi da quelli richiesti per dichiarazione di responsabilità in sede penale** (si veda, sul punto, la sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni in data 4 febbraio 1974, in *Giur. Samm.*, 1980, p. 167).

2. Va inoltre rilevato, prima di procedere all'esame del merito della presente controversia, che la domanda riconvenzionale da parte del convenuto Benedettini Fortunato è stata ritualmente proposta. Tale domanda, infatti, è stata avanzata all'udienza fissata per la seconda citazione dei convenuti, in uno con l'atto di costituzione in giudizio.

**La giurisprudenza sammarinese ha stabilito che la domanda riconvenzionale può essere avanzata nel corso della causa, anche senza citazione solenne, purché a tempo debito e cioè in modo da far salvo il contraddittorio** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 18 agosto 1937, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 61), **ed altresì, che "la convenzione e la riconvenzione simul decidendae sint.** In via di eccezione [...] se la domanda principale è in istato di essere decisa e quella riconvenzionale è invece *multis ambagibus innodata* si debba spedire la prima e ritardare la seconda" (Sentenza del Commissario della Legge in data 27 maggio 1936, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 114 ss.). Tale ultimo assunto dagli autori del diritto comune è posto in correlazione al momento della presentazione della domanda riconvenzionale, per affermare che se questa è avanzata al momento della costituzione in giudizio, deve essere decisa insieme alla domanda principale ("sebbene sia più sano partito pel reo il fare la riconvenzione subito al primo entrar della lite, affinché entrambe le liti procedano di pari passo [...] talvolta nulla osta ch'essa venga fatta dappoi in qualsivoglia stato del processo: bene inteso però che in questo caso non va altrimenti decisa colla sentenza medesima anche la lite di riconvenzione": J. VOET, *Commento alle Pandette*, ed. riveduta e corretta da L. Fortis, Lib. V, Tit. I, n. 80, Venezia, 1847, p. 754).

Nel caso di specie, come detto, il convenuto Benedettini Fortunato ha tempestivamente proposto la domanda riconvenzione, sì che l'istruttoria della principale e della riconvenzionale è proceduta di pari passo, per cui le due domande devono essere decise con un'unica sentenza.

3. L'azione esperita dall'attrice e dal convenuto Benedettini Fortunato con la domanda riconvenzionale è "l'*actio ex lege Aquilia*", la quale mira ad ottenere il risarcimento dei danni che essi assumono avere risentito in conseguenza di un comportamento antigiusdittico posto in essere reciprocamente l'un l'altro e dal convenuto Benedettini Roberto nei confronti dell'attrice.

*E' a tutti noto lo sviluppo storico di tale azione. Il *damnum iniuria datum* è l'unico dei delitti civili previsti dal diritto romano classico ad essere sopravvissuto in quanto tale in epoca giustiniana (a differenza del furto, della rapina e dell'iniuria, che si trasformarono in illeciti rilevanti esclusivamente dal punto di vista penale), fino a divenire il fondamento dell'azione generale di responsabilità per fatto illecito oggi conosciuta.*

*In origine, infatti, tale azione era concessa per il caso di danneggiamento, doloso o colposo, di cose, animali e schiavi, purché il danno fosse arrecato esclusivamente "corpore corpori", vale a dire con lo sforzo muscolare dell'agente alla cosa nella materialità fisica. In epoca giustiniana, grazie alla ricca elaborazione della giurisprudenza classica e alla attività del pretore, attraverso lo strumento delle "actiones utiles" o "in factum", si giunse ad estendere la portata della azione di danno anche a tutti i casi in cui non vi erano danni "corpore corpori illati", finché la dottrina del diritto comune la fece assurgere ad azione generale per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da qualunque condotta anti-giuridica posta in essere dall'agente nei confronti dell'attore.*

*Riguardo ai danni cagionati ad un uomo libero - la qual cosa costituisce il presupposto della elevazione della azione ex lege Aquilia a rimedio generale contro i danni derivanti da responsabilità civile - deve richiamare quanto affermato da Ulpiano (D. 9, 2, 13): "Liber homo, suo nominem utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur" (tale passo è stato poi ripreso dagli autori del diritto comune i quali - traducendolo letteralmente - asseriscono che "fu concessa l'azione utile ad una persona libera ferita, per ottenere il risarcimento, non la diretta, perché niuno è proprietario delle proprie membra": J. VOET, Commento alle Pandette, lib. IX, tit. II, n. XI, ed. cit., p. 288).*

Acclarato che, nel caso di specie è stata **esperita la "actio ex lege Aquilia", secondo anche il costante insegnamento della giurisprudenza sammarinese** (si veda, per tutte, la sentenza del Commissario della Legge in data 12 aprile 1978, in *Giur. Samm.*, 1980, p. 414 ss.), **devesi rilevare che in base agli ordinari principi sull'onere della prova, spetta all'attore - anche riconvenzionale - dimostrare i fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno, vale a dire la lesione anti-giuridica del diritto soggettivo, il nesso di causalità tra condotta ed evento, nonché il dolo o la colpa dell'agente.** (omissis)

6. Non risulta, invece, secondo il perito d'ufficio, che il signor Benedettini Roberto abbia provocato alla attrice lesioni all'arto superiore sinistro, con conseguente blocco di conduzione.

La teste Emanuela Stolfi (nella deposizione resa nel procedimento penale in data 24 febbraio 1988) conferma al riguardo la versione dei fatti resa dalla attrice, e tale testimonianza non risulta contraddetta da altri elementi probatori.

Si sa che **la massima "unus testis nullus testis" non riceve assoluta applicazione nel diritto sammarinese** (si vedano, in tal senso, le sentenze del Commissario della Legge in data 23 marzo 1926, *Giur. Samm.*, 1926, p. 16 e in data 5 febbraio 1927, in *Giur. Samm.*, 1927, p. 10): **"in via di principio la deposizione di un solo teste fornisce soltanto una prova semipiena ma in via di eccezione lo stesso diritto comune, qui vigente, acconsente al giudicante di fondare su di essa la sua decisione in vari casi e tra essi quando "aliis admeniculis fulciatur", quando il teste "deponat de facto proprio et veritas per alios haberet non potest"** (Sentenza del Commissario della

Legge in data 8 gennaio 1936, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 107 s.). Tali assunti sono suffragati dalla autorità del RICHERI (*Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia*, Lib. IV, tit. XX, n. 726), il quale chiaramente afferma: “testi unico creditur si hic deponat de facto proprio et de negotio, cuius ratione nihil sua intersit, uter ex litigatoribus vincat”. Nel caso in esame, la teste non appare sospetta, nè interessata alla controversia, depone su un fatto in cui è direttamente intervenuta e la sua deposizione non è incerta, ma esplicita e tassativa, ed inoltre è suffragata dai documenti prodotti in atti (si vedano il certificato della dott. Fiammetta Francini in data 3 dicembre 1986, e le deposizioni testimoniali della stessa in data 26 febbraio 1988 ed in data 1° marzo 1990, dai quali risulta che ella poté constatare un edema ed ematomi agli arti superiori, ipostenia degli stessi con deficit all’abduzione).

Si può dunque affermare che il signor Benedettini Roberto colpì l’attrice agli arti superiori, ma questo giudicante deve, tuttavia, richiamare quanto esposto dal perito giudiziario nella propria relazione: “le turbe parestesiche e funzionali agli arti superiori non sono da mettere in rapporto alle lesioni subite in quanto queste furono lievi, neppure menzionate nelle certificazioni del pronto soccorso, certamente preesistenti come dimostra la presenza di osteoporosi del rachide cervicale e della spalla destra documentata radiologicamente”.

Mancherebbe, secondo l’opinione del perito, il nesso eziologico tra condotta ed evento. Trattasi, in ogni caso di un giudizio al quale il giudicante deve uniformarsi. E ciò in conformità del più recente orientamento della giurisprudenza sammarinese, secondo il quale, sulla scorta della dottrina del diritto comune, **il giudice non ha potere di valutazione sul merito della perizia in quanto tale: “la nomina del giudice non è l’ordine ad una collaborazione, ma la delega d’un giudizio e perciò tale nomina non può ovviamente mancare, ma è la fonte del potere del perito. [...] Il giudicante non può che accogliere integralmente e fare proprio il giudizio del perito giudiziario, perché trattasi di giudizio tecnico incidente sul giudizio giuridico sul quale ha influenza decisiva”** (Decisione di Terza Istanza emessa dal Consiglio dei XII nella causa civile n. 382 dell’anno 1977, in data 8 novembre 1988, su conforme parere del consulente prof. Victor Crescenzi. Si veda anche la Sentenza del Commissario della Legge in data 11 marzo 1991 nella causa civile n. 43 dell’anno 1986).

Un tale orientamento si sovrappone, superandolo, all’insegnamento tradizionale, secondo cui la perizia giudiziaria aveva l’efficacia probatoria di un ordinario mezzo di prova, onde era sempre possibile alle parti confutare i risultati della perizia, fornendo la prova contraria (si veda, per tutte, la sentenza del Commissario della Legge in data 20 luglio 1932, in *Giur. Samm.*, 1931-32, p. 72).

(omissis)

9. Una volta accertato l’an della responsabilità, occorre stabilire il *quantum* dovuto dall’autore dell’illecito alla vittima.

La procura attrice richiede il risarcimento dei danni patrimoniali - danno biologico, danno da invalidità temporanea totale e parziale, rimborso spese sostenute nel corso della malattia e da sostenersi per eliminare gli effetti della stessa, spese ed onorari nel procedimento penale e nel presente giudizio - e del danno morale.

10. *Il risarcimento del danno c.d. <<patrimoniale>> ricomprende, come è noto, sia il danno emergente che il lucro cessante. Costituisce, altresì, dato acquisito che il momento decisivo per distinguere il danno emergente dal lucro cessante è quello in cui si verifica l’evento dannoso. In quanto tale evento sottrae al danneggiato entità*

*patrimoniali che già aveva, si ha un danno emergente, mentre in quanto esso impedisce che nuovi elementi, nuove utilità vengano acquistate e godute dal danneggiato, costituisce un lucro cessante. In definitiva, il danno emergente consiste in una diminuzione del patrimonio della vittima, che ricomprende anche il rimborso delle spese sostenute in conseguenza dell'evento dannoso, mentre il lucro cessante consiste nell'esclusione di un incremento patrimoniale che si sarebbe verificato in mancanza del fatto dannoso.*

*Il lucro cessante deve, peraltro, essere determinato con esclusivo riferimento alle concrete ed effettive possibilità che non si siano attuate. Esso deve sempre risultare positivamente dimostrato, e cioè deve potersi ritenere che un determinato lucro si sarebbe avuto ed invece è mancato in conseguenza del fatto illecito.*

*L'invalidità temporanea, vale a dire l'incapacità di svolgere la propria attività lavorativa per tutta la durata della malattia, costituisce indubbiamente lucro cessante, per modo che la misura del danno coincide con le perdite dei guadagni certi che la vittima non ha potuto conseguire per effetto dell'invalidità. Dovendo essere reintegrata la perdita del guadagno sofferto nel periodo di inabilità, il danno viene liquidato con la attribuzione a posteriori del guadagno lavorativo perduto nel periodo di invalidità.*

11. Nel caso di specie, quale danno emergente, vanno rimborsate le spese esclusivamente sostenute e da sostenersi in conseguenza delle lesioni subite dalla signora Battistini al naso.

Risultano, pertanto, documentate le seguenti spese: 1) L. 5.600= per il trasporto della attrice con l'autolettiga all'Ospedale di Stato in data 11 luglio 1986; 2) L. 340.000= per una visita dal prof. Giancarlo Zaoli, specialista in otorinolaringoiatria, in data 27 ottobre 1987; 3) L. 350.000= per una visita specialistica dal prof. Giancarlo Zaoli in data 3 novembre 1987; 4) L. 120.000 per una visita specialistica dal prof. Giancarlo Zaoli in data 17 febbraio 1989, per un totale di L. 815.600=.

Deve, inoltre, essere posta a carico del convenuto Benedettini Fortunato la spesa di L. 8.000.000=, quantificata dal perito d'ufficio, per l'intervento chirurgico idoneo ad eliminare "la turba estetica e funzionale del naso".

In definitiva, deve essere liquidata a favore della parte attrice la somma di L. 8.815.600= a titolo di danno emergente.

Per quanto riguarda il lucro cessante, il quale - come detto - deve essere positivamente dimostrato, e quindi il danneggiato deve fornire al giudicante gli elementi probatori necessari al fine di determinare la somma da corrispondere a titolo di risarcimento del mancato guadagno, va precisato che la signora Battistini Maria Pasqua in seguito all'evento lesivo ha subito un periodo di invalidità temporanea di giorni 35, che non ha subito alcuna invalidità permanente e che la stessa svolge la attività di casalinga.

E' noto che il lavoro di una casalinga non è di scarso rilievo, e che il guadagno della stessa non può essere valutato paragonandolo *sic et simpliciter* a quello di una domestica ad ore, sulla stessa incombenza il governo materiale e morale della casa familiare. Tuttavia, senza ricorrere ad indici presuntivi di redditività, al fine di individuare il reddito della vittima, sembra a questo giudicante opportuno confermare il principio - già in altra sede affermato - che ove non sia possibile dimostrare positivamente un reddito diverso, deve essere liquidata per la invalidità temporanea una somma pari al reddito giornaliero percepito a titolo di pensione sociale, moltiplicato per i giorni di inabilità.

Tale somma risulta di conseguenza pari a L. 501.132= (essendo pari L. 5.154.500= l'importo annuale della pensione sociale erogata dall'ISS per il 1991).

Siccome a seguito dell'intervento chirurgico che consentirà di correggere la "turba estetica e funzionale del naso" sarà necessario, secondo perito d'ufficio, "un successivo periodo di riposo da attività lavorativa di giorni trenta circa", con conseguente inabilità temporanea per lo stesso periodo, deve essere a tale titolo parimenti liquidata una somma pari al reddito giornaliero percepito da un pensionato moltiplicato per i giorni di inabilità, che risulta pari a L. 429.541=.

Pertanto, per la invalidità temporanea della signora Battistini deve essere complessivamente corrisposta una somma pari a L. 930.673=.

Non risulta, invece, essere derivata alla attrice alcuna invalidità permanente. E' vero che il prof. Zaoli, nella perizia di parte redatta in data 3 novembre 1987 afferma che risulta "equo fissare un tasso di invalidità permanente del 5%"; ma è altresì vero che il perito d'ufficio, nella perizia redatta in data 9 novembre 1990 non menziona affatto l'invalidità permanente, affermando semplicemente che sono residue "alcune alterazioni di tipo lievemente estetico e funzionale ben correggibili con intervento di settoplastica". Ed è noto che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, "poiché i postumi di una lesione, con il trascorrere del tempo, possono peggiorare o migliorare, sempre occorre tener conto della perizia più recente" (sentenza del Commissario della Legge in data 18 febbraio 1991, nella causa civile n. 230 dell'anno 1985).

12. La procura attrice richiede, inoltre, liquidarsi "la somma di L. 35.000.000= per il risarcimento del danno anatomico e biologico". Tale danno dovrebbe essere "riconosciuto sia perché dovuto in base al più recente indirizzo giurisprudenziale, applicato anche da questo Tribunale, sia perché danni che incidono sulla vita di relazione e nello svolgimento di attività di una donna di 52 anni che ha il carico e la guida non facile di una famiglia composta da quattro membri".

*Invero, la risarcibilità del c.d. danno biologico nell'ordinamento sammarinese è stata affermata da alcune recenti pronunce giurisprudenziali (si vedano le sentenze del Commissario della Legge in data 4 gennaio 1991 nella causa civile n. 68 dell'anno 1989 e in data 11 marzo 1991 nella causa civile n. 43 dell'anno 1986), le quali hanno risolto in senso positivo la questione della "patrimonialità" di tale danno, affermando il principio che a tale titolo deve essere liquidata una somma autonomamente da quella riconosciuta a titolo di danno morale.*

*E' noto che con il termine "danno biologico" si fa riferimento nella dottrina e nella giurisprudenza italiane al cosiddetto "danno alla salute", vale a dire al danno alla integrità fisica e alla salute considerato autonomamente, e quindi indipendentemente dalle capacità della vittima di produrre reddito (si sostiene, al riguardo, che il principio al quale occorre attenersi è che "il danno cosiddetto biologico deve essere considerato risarcibile ancorché non incidente sulla capacità a produrre reddito, ed anzi indipendentemente da quest'ultimo, le cui menomazioni vanno indipendentemente risarcite": G. ALPA, *Il danno biologico*, Padova, Cedam, 1987, p. 4). Appare comunque superfluo ripercorrere, in questa sede, il travagliato iter che ha condotto alla risarcibilità di tale danno, in quanto esso è stato già analiticamente esposto nelle citate pronunce della giurisprudenza sammarinese. Ciò che appare, invece, necessario è l'indagine sulla valutazione del danno biologico. Si tratta, indubbiamente, dell'aspetto più delicato della questione, in considerazione della variabilità dei criteri applicati, che conduce, logicamente, a oscillazioni e disparità di trattamento nella liquidazione dello stesso. E' invece obiettivo da perseguire la fissazione di indici che assicurino la prevedibilità delle somme liquidate a tale titolo nonché una adeguata tutela del*

*danneggiato, soprattutto se si tiene conto che i beni “integrità fisica” e “salute” sono uguali per tutti i danneggiati, indipendentemente dalla attività professionale esercitata e dalle capacità economiche e patrimoniali del soggetto leso.*

*Vale dunque la pena di esaminare i criteri applicati dalla abbondantissima giurisprudenza italiana per la valutazione del danno biologico.*

*Il primo criterio - anche in ordine cronologico - applicato è quello costituito dal c.d. metodo tabellare, che si contraddistingue per la astrattezza e l'automatismo e che si basa sulle tabelle dei coefficienti di invalidità stabiliti dalla legge. Tale metodo si fonda sulla considerazione che il concetto che sta alla base della liquidazione del danno da invalidità lavorativa permanente con il sistema tabellare ha il suo fondamento nella risarcibilità della menomazione dell'efficienza lavorativa, indipendentemente dalla circostanza che questa menomazione si ripercuote concretamente sul guadagno e si traduce di conseguenza in una corrispondente concreta riduzione del reddito lavorativo. Il difetto principale, tuttavia, sta nel fatto che al fine di operare la liquidazione si fa riferimento al reddito lavorativo percepito dal danneggiato al momento della liquidazione, con conseguente disparità di trattamento; inoltre, non è adeguato per valutare il danno biologico derivante esclusivamente dalla invalidità temporanea.*

*Un altro criterio adoperato è quello della pensione sociale. Si riconosce alla vittima una rendita vitalizia pari al triplo della pensione sociale moltiplicata per i coefficienti di invalidità contenuti nel R.D. 2 ottobre 1922 n. 1403 - ai quali ha già in più occasioni fatto ricorso la giurisprudenza sammarinese. Tale metodo ha il pregio di assicurare l'uniformità delle valutazioni, in quanto effettivamente prescinde dalle capacità reddituali del danneggiato, ed in più è suscettibile di essere applicato anche ai casi di sola invalidità temporanea, dovendosi in tal caso moltiplicare il triplo della pensione sociale corrisposta giornalmente per i giorni di invalidità temporanea, con il totale corretto equitativamente in modo da tenere conto della svalutazione monetaria.*

*Più complesso è il metodo che tiene conto del reddito pro capite risultante dal rapporto del reddito nazionale lordo con il numero degli abitanti, aumentato secondo il probabile tasso di aumento futuro del reddito medio. Tale metodo considera “la menomazione (se permanente) come se influisse negativamente sull'ammontare di una rendita vitalizia le cui singole annualità sarebbero pari al reddito medio nazionale in questione” (v. MONETTI-PELLEGRINO, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 165).*

*Infine, vi è il c.d. criterio equitativo differenziato per valore di punto, secondo il quale la liquidazione del danno biologico si ottiene sulla base di indicazioni di media, risultanti da analisi comparative di vari campioni di pronunce giurisprudenziali, corrette dalla equità. In sostanza, da una statistica delle varie decisioni giurisprudenziali si trae il valore medio corrisposto per ogni singolo punto di invalidità permanente.*

*Quest'ultimo criterio, che appare in astratto il più idoneo, non è ovviamente applicabile nell'ordinamento sammarinese, stante la scarsissima giurisprudenza in argomento. Nel caso di specie, anche in considerazione del fatto che non è residua alla attrice alcuna invalidità permanente, secondo il perito d'ufficio, ci sembra opportuno adottare il criterio del triplo della pensione sociale, in quanto più adatto ai casi di esclusiva invalidità temporanea. Deve dunque essere liquidata a favore della attrice una somma pari a L. 3.670.110= (L. 2.792.020+31,45% a titolo di rivalutazione).*

**13. Quanto al danno morale, la giurisprudenza sammarinese ha posto il principio che “il danno risarcibile, secondo il diritto vigente a San Marino, non è soltanto quello**

materiale, ma anche quello morale nel senso proprio di tale parola cioè non solo il danno morale indiretto, ma anche l'offesa e il dolore subiettivo", e che nella liquidazione di tale danno "deve farsi riferimento alla sentimentalità del tipo normale, più che alla sentimentalità, che può essere anche morbosa, del danneggiato; agli effetti morali che sogliono verificarsi, secondo l'*id quod plerumque accidit*, dell'atto illecito in quel determinato caso. Deve aver si riguardo alla entità dell'offesa, alle conseguenze che essa ha arrecato al danneggiato, alle condizioni di persona, di famiglia e di cittadino [...] Deve, quindi, procedere *arbitratu boni viri* e con quei criteri di estimazione presuntiva che sono dettati dalla pratica della vita e dalla comune esperienza, cercando di attribuire al danneggiato una somma di denaro la quale valga a procurargli una somma di utilità materiali approssimativamente idonee a compensare l'entità delle sofferenze morali subite" (sentenza del Commissario della Legge in data 14 marzo 1935, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 34 ss.).

Nella specie, considerata la mancanza di invalidità permanente, la natura dell'illecito, idoneo ad aver creato patemi d'animo, nonché la condizione della persona danneggiata, si reputa congruo liquidare il danno morale sofferto dalla signora Battistini Maria Pasqua in L. 2.500.000=.

(omissis)

#### 41.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 2 agosto 1991.

Carlini Marino (Avv. G.B: Reffi) : Francioni Marino (Avv. G. Lonfernini) – Causa n. 378, anno 1988.

#### **Confini – Azione di stabilimento dei termini – Azione di regolamento di confine.**

*L'azione di stabilimento dei termini è esperibile per l'apposizione dei termini sulla linea di confine non contestata.*

*L'azione di regolamento di confine è diretta a determinare il confine confuso ed incerto ed anche a recuperare una porzione del fondo posseduta dal vicino.*

---

(omissis)

#### 42.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 7 agosto 1991.

S.p.a. Fiatsava (Avv. M. Micheloni) : De Luigi Quinto (non comparso) – Causa n. 287, anno 1990.

**Contratto di mutuo – Destinazione obbligatoria della provvista.**

*Il mutuo è un contratto nominato, reale, unilaterale, per sua natura essenzialmente gratuito. E' pienamente valido il contratto di mutuo con il quale è convenuta l'obbligatorietà della destinazione della provvista.*

---

**FATTO**

Con atto di citazione in data 5 novembre 1990 la società Fiatsava s.p.a., in persona del suo legale rappresentante, conveniva avanti a questo Tribunale il signor De Luigi Quinto per sentirlo “condannare al pagamento delle somme in epigrafe specificate, con vittoria di spese e di onorari di giudizio”.

Esponeva l'attrice che in data 17 gennaio 1990 il signor De Luigi Quinto sottoscriveva con essa attrice una richiesta di sovvenzione per l'acquisto di un automezzo Fiat, ricevendone un finanziamento di L. 9.999.000=, per la restituzione del quale venivano concordate n. 11 rate mensili di L. 909.000=, con scadenze dal 20 marzo 1990 al 20 gennaio 1991. Il convenuto si rendeva successivamente inadempiente, non pagando il corrispettivo pari a sette rate mensili, “decadendo così dal beneficio del termine”. In considerazione di ciò il credito vantato dalla attrice nei confronti del convenuto ammonta a L. 6.363.000=, “oltre agli interessi concordati nella misura del tasso ufficiale di sconto più cinque punti, e pertanto attualmente del 17,50 dalle scadenze al saldo”.

All'udienza fissata non si costituiva il convenuto, sebbene ritualmente citato.

Nel corso dei termini probatori la procura attrice produceva documenti, ammessi successivamente agli atti di causa.

Venivano successivamente aperti i termini reprobatori e di controprova, ed i relativi decreti venivano notificati al convenuto non costituito.

Nelle finali allegazioni in diritto la procura attrice ha concluso chiedendo “condannarsi il signor Quinto De Luigi al pagamento nei confronti della Fiatsava S.p.a. della complessiva somma di L. 6.363.000= per vera sorte, oltre agli interessi maturati sino al 15.10.90 pari a L. 126.388=, oltre agli interessi al tasso ufficiale di sconto maggiorato di 5 punti da tale data al saldo, con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio”.

**DIRITTO**

1. Deve preliminarmente essere dichiarata la contumacia del convenuto, non comparso sebbene ritualmente citato e sebbene allo stesso siano stati notificati i decreti di apertura dei termini reprobatori, di controprova e ad allegare.

2. Risulta dalla documentazione prodotta in atti che in data 17 gennaio 1991 il signor De Luigi Quinto richiedeva alla attrice Fiatsava S.p.A. una “sovvenzione” per l'acquisto di un autoveicolo Fiat, di L. 9.999.000=, da rimborsare in 11 rate mensili da L. 909.000= ciascuna, da pagarsi entro il giorno venti di ogni mese a partire dal 20 marzo 1990 fino al 20 gennaio 1991. Detto rapporto di finanziamento è regolato dalle condizioni “retrostampate”, e tra queste, espressamente approvate per iscritto dal convenuto ai sensi degli artt. 1341 e 1342 del codice civile italiano, meritano di essere segnalate quelle



riportate all'art. 8 "interessi di mora" e all'art. 13 "decadenza dal beneficio del termine", delle quali si richiede ora l'applicazione.

Per la definizione della presente controversia, dunque, questo giudicante deve procedere alla qualificazione del rapporto contrattuale posto in essere tra le parti, e verificare l'applicabilità alla fattispecie, secondo il diritto sammarinese, delle due clausole contrattuali richiamate dalla procura attrice, relative, come detto, alla decadenza dal beneficio del termine e agli interessi moratori.

3. *Con l'operazione negoziale posta in essere tra le parti si realizza una concessione di credito destinata a finanziare l'acquisto di un determinato bene. La somma di denaro che costituisce il finanziamento viene dall'erogatore versata non all'acquirente, bensì al venditore del bene, il quale ottiene così il pagamento della merce venduta. Obbligato nei confronti dell'erogatore è l'acquirente, il quale deve restituire la somma anticipata per il pagamento del bene acquistato.*

*Si tratta di una operazione negoziale complessa, bilaterale (in quanto il venditore del bene non è parte contrattuale), che può venire inquadrata nel mutuo c.d. di scopo, che è il contratto nel quale una parte, erogatore, si impegna a provvedere temporaneamente di mezzi finanziari il mutuatario, il quale, a sua volta si obbliga alla realizzazione della attività convenuta e alla restituzione del capitale mutuato. In definitiva è un contratto di mutuo nel quale vi è la destinazione obbligatoria della provvista. Ed infatti l'erogatore consegna una somma di denaro - che rappresenta il pagamento del prezzo del bene - al venditore per conto del compratore, somma che quest'ultimo si impegna a restituire all'erogatore, entro il termine stabilito.*

*Per il diritto romano, e poi per il diritto comune, il mutuo è un contratto nominato, reale, unilaterale, per sua natura essenzialmente gratuito. E infatti è il contratto con il quale il mutuante trasferisce al mutuatario la proprietà di una certa quantità di denaro o di altre cose fungibili, dietro la promessa non solenne di restituire una eguale quantità di cose dello stesso genere e qualità. Il momento perfezionativo del contratto de quo è il passaggio della proprietà delle cose dal mutuante al mutuatario. Dal mutuo nasce solo l'obbligazione del mutuatario di restituire il tantundem - per cui trattasi di contratto unilaterale - al termine prefissato, in mancanza del quale, per il diritto romano, il creditore poteva pretenderla in qualunque momento, mentre nel diritto giustiniano, e successivamente nel diritto comune, si ammise che spettava al giudice concedere "singulis pensatis" una congrua dilazione (cfr., per tutti, RICHERI, *Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia*, Lib. III, tit. VI, n. 782, e VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XII, tit. I, XIX). E tale disciplina è pienamente accolta dal diritto sammarinese (si vedano, ad esempio, sentenza del Commissario della Legge in data 26 luglio 1930, *Giur. Samm.*, 1933, p. 15; sentenza del Commissario della Legge in data 10 settembre 1932, in *Giur. Samm.*, 1936, p. 88, nonché sentenza del Commissario della Legge in data 11 dicembre 1961, in *Giur. Samm.*, 1964, fasc. 2, p. 281).*

*Il mutuo, poi, è un contratto essenzialmente gratuito, nel senso che gli interessi sulla somma mutuata sono dovuti solo se sono stati espressamente concordati, ed in tal caso l'obbligazione di pagare gli interessi non ha la propria fonte nel contratto di mutuo, ma in una apposita stipulazione di usurae (cfr. C., 4, 32, 1 e 3, e per la recezione di tale principio nel diritto sammarinese, si vedano le sentenze del Commissario della Legge in data 9 dicembre 1927, in *Giur. Samm.*, 1928, p. 16, e in data 11 dicembre 1961, in *Giur. Samm.*, 1964, fasc. 2, p. 281).*

Nella presente fattispecie, all'art. 2 del contratto si legge che "il finanziamento è richiesto e concesso all'acquirente esclusivamente per la sovvenzione all'acquisto del veicolo da parte dell'acquirente stesso", mentre all'art. 3 è stabilito che "la richiesta di finanziamento formulata dall'acquirente è irrevocabile e la Fiatsava può eseguirla senza preventiva risposta. L'esecuzione è rappresentata dalla avvenuta erogazione della sovvenzione al venditore [...] e costituisce a tutti gli effetti accettazione della richiesta".

Dall'interpretazione di tali clausole contrattuali si evince che il contratto si conclude nel momento della consegna della somma da parte della Fiatsava al venditore dell'autoveicolo. Da tale momento sorge l'obbligo dell'acquirente di restituire alla Fiatsava la somma mutuata. La consegna della somma ad un soggetto diverso dal mutuatario si spiega con lo scopo del contratto di mutuo, che assume un rilievo preminente, e che deve essere individuato, ai sensi dell'art. 2 del regolamento contrattuale, nell'impiego della somma mutuata per il pagamento del veicolo. In sostanza, si tratta di un contratto di mutuo nel quale anziché provvedere l'erogatore a consegnare la somma all'acquirente, il quale provvederà a consegnarla al venditore dell'autoveicolo, per esigenze di economicità ed anche di garanzia, l'erogatore consegna la somma direttamente al venditore, mentre il compratore mutuante dovrà provvedere a restituirla, secondo le modalità concordate, all'erogatore.

4. Chiarita la natura giuridica del rapporto contrattuale posto in essere fra le parti ed individuata la disciplina applicabile allo stesso, si deve passare all'esame del *petitum*.

Afferma la procura attrice che il convenuto ha provveduto a restituire solo in parte la somma mutuata, rimanendo la attrice creditrice della somma complessiva di L. 6.363.000=, pari all'importo di sette rate mensili, attualmente tutte scadute.

Produce in atti n. 2 lettere inviate al signor De Luigi con le quali viene intimato alconvenuto di provvedere al relativo pagamento. L'assenza di contestazioni sul punto conduce a condannare il convenuto al pagamento in favore della società attrice della somma di L. 6.363.000=.

5. La procura attrice, inoltre, richiamando le clausole contrattuali relative alla decadenza dal beneficio del termine e alla misura degli interessi moratori (artt. 13 e 8), domanda la condanna del convenuto anche al pagamento degli "interessi maturati fino al 15.10.90 pari a L. 126.388=, oltre agli interessi al tasso ufficiale di sconto maggiorato di 5 punti da tale data al saldo".

**Riguardo alla decadenza del beneficio del termine la giurisprudenza sammarinese ha stabilito che quando il debitore si rende insolvente o diminuisce l'assicurazione del debito e questo non è ancora scaduto, il creditore può solo esigere che siano fornite opportune garanzie** (cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 27 maggio 1936, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 116), escludendo, di conseguenza, la possibilità di richiedere al debitore inadempiente al pagamento di una rata il pagamento dell'intero prezzo. E' stato inoltre affermato che secondo gli Statuti "**il Giudice Sammarinese anche nelle controversie tra cittadini di altro Stato non può applicare altro diritto che quello vigente in San Marino: ciò è detto nella Rubrica XXXIV del Lib. II nella quale è stabilito che i giudici sammarinesi sono tenuti a decidere secondo il diritto vigente a San Marino** (*"iuxta formam iuris et statutorum Terrae Sancti Marini"*) **non solo le controversie fra cittadini sammarinesi, fondate su fatti avvenuti nel territorio della Repubblica, ma altresì quando i contendenti accettino la loro giurisdizione, anche le controversie fondate su fatti avvenuti in aliena**

*iurisdictione seu territorio*” (Decisione di Terza Istanza del Consiglio dei XII in data 16 giugno 1948, consulente prof. Piero Calamandrei, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 12). Siccome l’attrice ha accettato la giurisdizione del Tribunale sammarinese, adito sulla base del criterio generale della residenza del convenuto, declinando la giurisdizione italiana - posto che, secondo la legge italiana, sussisteva la competenza del giudice del luogo in cui l’obbligazione è sorta - deve essere applicata la legge vigente a San Marino. Di conseguenza, il mutuo è retto dalla disciplina sopra ricordata. E dunque, posto che il tempo e le modalità di restituzione della somma mutuata sono state espressamente concordate fra le parti in causa, deve essere osservata tale regolamentazione pattizia, tenendo conto che il diritto comune non ammette che al debitore che si renda inadempiente al pagamento di una rata possa essere immediatamente richiesta l’intera somma mutuata, potendo il creditore solo richiedere la prestazione di idonee garanzie. Di conseguenza, sulla somma complessiva di L. 6.363.000= vanno riconosciuti gli interessi moratori al tasso convenzionale (pari al tasso ufficiale di sconto aumentato di cinque punti) dalla scadenza di ogni singola rata al saldo.

Si deve ricordare che gli interessi moratori sono dovuti al creditore a titolo di risarcimento del danno subito per non poter disporre, al fine di impegnarlo in modo fruttifero, del denaro dato a mutuo. Essi sono sempre dovuti dalla scadenza del termine o dal giorno della “*interpellatio*”, anche nei contratti essenzialmente gratuiti come il mutuo (cfr. DE LUCA, *Dottor Volgare*, Tomo II, p. 92 e J. VOET, *Commento alla Pandette*, lib. XXII, tit. I, nn. X e XI. Per la giurisprudenza sammarinese si veda la sentenza del Commissario della Legge in data 11 dicembre 1961, in *Giur. Samm.*, 1964, fasc. 3, p. 281).

6. Le spese e gli onorari del presente giudizio, da liquidarsi con successivo e separato decreto vanno posti a carico della parte convenuta perchè soccombente.

#### 43.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 23 agosto 1991.

Giorgetti Giovanni Carlo (Avv. G.L. Berti) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. M. Nicolini) – Causa n. 298, anno 1981.

**Transazione – Eccezione – Lesione enormissima – Rescissione.  
Donazione – Insinuazione: mancanza – Nullità.**

*La transazione, impugnabile per lesione enormissima, ove questa sussista, deve essere rescissa.*

*E’ nulla la donazione non insinuata entro sei mesi dall’atto di liberalità.*

---

#### FATTO

Il signor Giorgetti Giovanni Carlo convenne avanti a questo Tribunale l’Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino:

1) con istanza avanzata in data 25 giugno 1981 (premesse che la Pubblica Amministrazione sammarinese non rispettava gli accordi intercorsi con l'istante, relativi alla cessione di armi antiche e di oggetti di antiquariato e di pregio collezionistico) richiese: "1) ordinarsi alla convenuta di esibire i conteggi da cui ricavare le percentuali di compenso spettanti al signor Giorgetti; 2) dichiarare la convenuta inadempiente alle obbligazioni assunte e pertanto condannarla al pagamento di quanto dovuto all'attore anche a titolo di rifazione danni; 3) adeguare le clausole contrattuali alle mutate condizioni economiche e valutarie; 4) imporre di adempiere agli obblighi assunti e non soddisfatti; 5) risolvere, se ed in quanto, atti, contratti, cessioni, donazioni, anche con restituzione di beni".

2) con istanza avanzata in data 28 aprile 1983 (premesse che l'atto di transazione stipulato dal Giorgetti con l'Ecc.ma Camera il 20 ottobre 1978 comportò l'assunzione di obblighi ed oneri unicamente a carico del Giorgetti senza alcun corrispettivo a carico della Pubblica Amministrazione sammarinese) richiese: "dichiararsi nulla la transazione sottoscritta il 20 ottobre 1978 fra il signor Giorgetti e l'Ecc.ma Camera con revoca, invalidità e inefficacia di tutti gli atti connessi e conseguenti, posti in essere dal signor Giorgetti in esecuzione di detta transazione";

3) con istanza avanzata in data 25 settembre 1986 richiese "ordinarsi all'Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino la produzione in causa dell'inventario generale del Museo della Pusterla, manoscritto dallo stesso attore e affidato alla Segreteria di Stato per gli Affari Interni precedentemente alla stipulazione del primo contratto stipulato con l'Ecc.ma Camera nel 1956";

4) con istanza avanzata in data 31 marzo 1987 (premesse che il prezzo del biglietto di ingresso ai pubblici monumenti era enormemente e progressivamente aumentato nel tempo, mentre sempre invariata era restata la quota dei relativi proventi da versarsi all'attore) richiese: "condannarsi la Ecc.ma Camera al rimborso di ogni somma trattenuta o versata a titolo tributario in eccesso a quanto legalmente dovuto nonché per sentirsi affermare da ora in poi la validità e quindi il rispetto dell'obbligo stesso".

L'Ecc.ma Camera, costituita in giudizio a mezzo di procuratore, sistematicamente si oppose alle istanze attrici, definendole destituite di ogni e qualsiasi fondamento.

Nei termini di prova e controprova venne ammessa una massa notevolissima di documenti prodotti da ambedue le parti in causa; vennero esaminati i testi geom. Giancecchi Pietro, avv. Reffi Giordano Bruno, Marcucci Gian Vito, Bruschi Ivan, Podeschi Alfredo, avvocato Selva Alvaro, dott. Giardi Raffaele; venne autorizzata la temporanea allegazione agli atti del fascicolo della causa civile nr. 148 dell'anno 1975; venne disposta l'esecuzione di perizia giudiziaria affidata ai periti dott. Mularoni Marino e Conte Prof. Cesari d'Ardea Arnolfo.

Il giudizio, sospeso a seguito della morte dell'attore Giorgetti Giovanni Carlo avvenuta il 14 aprile 1987, venne riassunto e proseguito, con costituzione in atti in data 17 settembre 1987, dall'erede signora Colla Anna Maria ved. Giorgetti.

Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa produssero le memorie conclusionali ed addivennero alla irrotulazione della causa..

I procuratori dell'attrice richiedono l'integrale accoglimento di tutte le istanze avanzate nel corso del giudizio, sopra ampiamente esposte. Il procuratore della convenuta Ecc.ma Camera conclude richiedendo che le istanze attrici siano respinte in quanto completamente infondate.

## DIRITTO

(omissis)

L'Ecc.ma Camera, con delibera 9 dicembre 1976 del Congresso di Stato e con nota 4 marzo 1977 (prot. nr. 2721) del Segretario di Stato per gli Affari Interni prof.ssa Clara Boscaglia esprime la volontà di pervenire a transazione, proponendo:

1) la restituzione dei pezzi e degli oggetti di antiquariato non compresi nella cessione da parte del signor Giorgetti alla Ecc.ma Camera a termini della convenzione del 1956, pezzi ed oggetti elencati nella nota della Segreteria di Stato per gli Affari Interni 17 giugno 1966 nr. 0682 (per la restituzione di tali oggetti esisteva una precisa delibera del Congresso di Stato mai attuata);

2) la restituzione al signor Giorgetti degli oggetti non definibili come armi e di conseguenza non facenti parte dell'acquisto convenuto il 21 luglio 1971.

Finalmente, dopo lungo tergiversare, in esecuzione della delibera emessa dal Congresso di Stato nella seduta del 7 settembre 1978, contestualmente si pervenne il 20 ottobre 1978 alla stipulazione di due distinti atti:

1) "atto di transazione" con il quale il Giorgetti "rinuncia alla prosecuzione della causa civile nr. 148 dell'anno 1975 pendente presso il Tribunale Commissariale: rinuncia inoltre, ora ed in futuro, a vantare altre pretese, diritti ed indennizzi per sé e per eventuali eredi o aventi causa relativi a tutte le armi antiche ed altri oggetti da lui venduti, donati, concessi o comunque detenuti a qualsiasi titolo dall'Ecc.ma Camera di San Marino ... Viene tacitata ogni altra eventuale controversia passata e presente inerente ai rapporti tra Ecc.ma Camera e il Signor Giorgetti riguardanti l'atto di vendita in data 21 luglio 1971 che pertanto si ritiene pienamente valido ed esecutivo in tutti i suoi punti";

2) "atto di donazione" con il quale Giorgetti Giovanni Carlo dona all'Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino un complesso di nr. 308 armi antiche "da difesa", di altri oggetti e di attrezzi contadini, non compresi nella compravendita in data 21 luglio 1971; ottiene in cambio il Giorgetti la restituzione di poche armi e di un modesto numero di oggetti e pezzi di sua esclusiva proprietà dei quali invano per ventidue anni aveva chiesto la consegna.

Deve dichiararsi che ambedue gli atti sono viziati da radicale, insanabile nullità.

*Per quanto la transazione, la giurisprudenza ha fissato i seguenti principi di diritto comune che trovano applicazione anche nel diritto sammarinese:*

1) la transazione "*est super dubia aut lite incerta conventio non gratuita, aliquo dato, retento vel promisso*" (Voet, *Ad Padectas*, lib. II, tit. XV, N.1);

2) la transazione, appunto perché tronca la lite, ha, tra le parti contraenti, l'autorità di una sentenza irrevocabile "*res transacta pro veritate habetur*"; "*non minorem auctoritatem transactum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit*" (Cod. lib. II, tit. IV, l. 20);

3) la transazione, perché "*vim rei iudicatae habet*", produce una eccezione analoga a quella della cosa giudicata: "*l'exceptio litis per transactionem finitae*";

4) la transazione, in base alle cose predette, "*non potest rescindi quamvis eum, qui pactus est, statim poenitent*" (Codice, l. c., leg. 39), "*nec propter instrumenta noviter reperta*" (Codice, l. c., leggi 19 e 29) – "*nec ex eo quod postea probatur nullam transigendi subfuisse causam et indebitum fuisse de quo transactum est: sufficit enim, si lis fuerit vel probabiliter impenderit, ut transactio valeat, tamquam de re dubia*" (Voet, l. c., n.35 – Richeri, *Universa Jurisprudencia*, Lib. IV, tit. XXVI, § 2114). E nemmeno il

Principe può autorizzare di riprendere la lite transatta: “porro tanta est transactionis legitime celebratae vis, ut nec imperiali rescripto causae ita finitae resuscitari possint” (Richeri, l. c., § 1113 – Cod., l. c., leg. 16);

5) la transazione può intaccarsi solo nei seguenti casi “si tamen dolum adversarii in transigendo intervenisse, quaquam ratione, sive novis instrumentis, sive alio probandi modo docetur, vel instrumentorum suppressio per adversarium facta sit, vel manifesta calumnia, vel justus metus, vel ex falsis instrumentis transactio celebrata appareat, vel intervenerit error calculi, rescissione transactionis averti lesionem ab eo, qui circumventus est, aequitas postulat, nisi super ipso calculi errore transactum fuit (Voet, l.c., n.24 – Richeri, l.c., da § 1117 a § 1122 – Fabro, Codice, l.t., lib. 2, tit. 4, def. 10 n.2 e segg. – Conf. Cod. Civ. Italiano art.1772)”. (Sentenza di primo grado 12 giugno 1925, Giur. Samm., anno 1925, pag. 18);

6) “secondo il diritto romano la transazione non poteva rescindersi nemmeno per la lesione sia enorme sia enormissima. Nel diritto comune molto si discute. Vi sono autori che l’ammettono in ogni caso: altri che la negano. L’opinione comune, seguita dalla pratica e dalla Rota Romana, nega la rescissione nel caso di lesione enorme, l’ammette nel caso di lesione enormissima (Mysinger, Obs. 19, Nn. 7 e 9 – Olea, De cess. jur., tit. 2, qu. 1, sub N.51 – Urceolo, De trans. qu. 94 – Surdo, Cons. 480 – Menochio, Cons. 401, N. 153 – Richeri, l.c., § 1122 – Rota Romana: part. 1, divers. decis. 102 N. 2 et Recent. decis. 625 N. 7, part. I: decis. 270 N. 6: decis. 289 N. 1 et 2: decis. 318 N. 1 ecc.)”.

(Sentenza di primo grado 15 maggio 1934, Giur. Samm., anni 1933-1934, pag. 81);

7) “Come attesta il De Luca (*Theatrum Veritatis et Justitiae*, Lib. VIII. Disc. 24, n.20) esistono, a proposito della transazione, tre opinioni. Una, la più rigorosa, nega per essa il rimedio della lesione. L’altra, la più larga, lo ammette in ogni caso come per gli altri contratti. La terza, la quale può dirsi intermedia, lo nega per la lesione enorme e lo ammette per la lesione enormissima. Quest’ultima soluzione è già stata accolta da questo Tribunale con la sentenza 15 maggio 1934 nella Causa n.60 anno 1932. Si ritiene, infatti, che sia nella natura della transazione di fare rinuncie (la transazione è, appunto, il contratto col quale le parti si fanno reciproche concessioni) e che, quindi, esse siano valide fino ad un limite, superiore a quello stabilito per aversi lesione negli altri contratti, ma che ove esse rinuncie siano evidentemente esagerate e si presentino quasi come una spogliazione di diritti allora possano dar luogo a lesione. In questi ultimi casi i commentatori dichiarano che deve escludersi un valido consenso della parte lesa con la presunzione che l’altra parte abbia carpito con dolo (pur senza che occorra dimostrarlo in quanto “*ipsa res in se dolum habet*” L. 113, D. de verb. oblig.) o che un estremo bisogno abbia fatto quasi violenza sull’emesso consenso. Posto che la transazione ammette il rimedio della lesione solo quando si tratta di lesione enormissima occorre esaminare in qual caso essa debba essere considerata tale. Consultando la dottrina e la giurisprudenza, svoltesi nel diritto comune, si trovano molte opinioni contrastanti. Ma il contrasto dipende dal fatto che esistevano leggi e statuti i quali variavano il limite stabilito dal Codice per la lesione enorme (ad esempio: gli statuti di Roma, di Gubbio, di Barchi, di Pennabilli ecc. ammettevano la lesione se il danno sorpassava il terzo anziché la metà: le leggi Venete del 1478 e 1488 ammettevano senz’altro la rescissione quando il corrispettivo non corrispondeva al giusto prezzo: da ciò deriva anche una distinzione tra lesione enorme, enormente ed enormissima).

*Occorre, per ciò, lasciare da parte dottrina e giurisprudenza di paesi in cui la lesione non era ammessa o in cui era regolata da disposizioni particolari e restringere l'esame agli autori e alle sentenze che commentavano o decidevano (come deve avvenire in San Marino) in base alle leggi 2 e 8 del Codice e al successivo loro normale svolgimento. Attenendosi a tale criterio può affermarsi che la direttiva generale (salvo casi speciali come, ad esempio, nella divisione per la quale si faceva ricorso alla legge 3 Cod. 3, 38), costantemente seguita, è la seguente: lesione enorme è quella infra dimidium (in conformità delle leggi ora detta) e cioè al di sotto della metà del giusto prezzo (ad es. se si è avuto L. 1.499 anziché L.3.000): lesione enormissima è quella infra trientem o ultra bessem e cioè quando non si consegue nemmeno un terzo (ad es. L. 999 anziché L. 3.000). Agli effetti, poi, del presente giudizio non interessa richiamare le conseguenze giuridiche diverse nelle due lesioni (nel caso di lesione enorme si aveva rescissione con effetto ex nunc, nel caso di lesione enormissima nullità con effetto ex tunc).*

*La pratica, vigente il diritto comune, aveva – allo scopo di evitare l'applicazione del rimedio della lesione – escogitato di far rinunciare al di più o di farlo dichiarare donato e asseverando la rinuncia o la dichiarazione col giuramento. A lungo si è discusso e variamente deciso sulla validità di tali rinunzie e dichiarazioni ma, alla fine, l'opinione communis le dichiarò inefficaci in specie per la lesione enormissima (l'art. 1674 Cod. Civ. Nap., poi seguito da altre codificazioni, accolse tale prevalente opinione stabilendo che la rescissione aveva luogo “quand même le vendeur aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescission, et qu'il aurait déclaré donner la plusvalue”)”.*

*(Sentenza di primo grado 16 ottobre 1952, Giur. Samm., anno 1963, pag. 286);*

*8) “si ritiene che il comportamento – ed un ben determinato comportamento – della parte contro la quale è invocata la rescissione sia determinante per l'accoglimento o il rigetto dell'istanza medesima: nel senso che, ove il comportamento di detta parte non siasi tradotto in coazione morale nei confronti dell'altra, non può essere concessa rescissione; tale coazione si identifica nel consapevole e doloso approfittamento di una minorata capacità di resistenza di controparte, se non addirittura nell'ingenerare preordinatamente, con timore od altro, detta minorata capacità di resistenza. L'accertamento di questo requisito essenziale deve essere particolarmente attento e scrupoloso ... Piuttosto che un atto giuridico a sé, la transazione è un fine che può essere a base di stipulazione e fatti, quindi di contratti (il diritto giustiniano la inquadrava fra i contratti innominati): lo scopo è quello di mettere fine ad una controversia presente o futura; i contraenti non mirano al soddisfacimento integrale delle loro pretese, in quanto ciò viene posposto al desiderio di non dare inizio ovvero di troncare un processo del quale, per i motivi più svariati, hanno ragione di temere l'esito finale. Gli elementi essenziali del negozio transattivo sono: l'animus transigendi, cioè la volontà di entrambe le parti di porre fine ad una lite o prevenirla, e le reciproche concessioni, ogni parte dando o ritenendo o promettendo alcunchè: oggetto delle reciproche concessioni sono ovviamente le contrapposte pretese delle parti”.*

*(Sentenza di prima grado 11 novembre 1971, Giur. Samm., anni 1970 – 1980, pag. 271). In fatto, il requisito essenziale e determinante per l'accoglimento dell'istanza di rescissione è la semplice, ma basilare considerazione, che con l'atto stipulato il 20 ottobre 1978 il Giorgetti, da una parte, cede all'Ecc.ma Camera un complesso di beni che il perito giudiziario ed il suo collaboratore hanno stimato di valore superiore alle lire 222.000.000=; dall'altro il Giorgetti riceve il classico “pugno di mosche”: la*

*restituzione di beni di sua esclusiva proprietà, dei quali per lunghissimo tempo, stragiudizialmente e giudizialmente, aveva chiesto di rientrare nel legittimo possesso. Non occorre pertanto ulteriormente argomentare per dichiarare la nullità, con effetto ex tunc, dell'atto di transazione stipulato il 20 ottobre 1978.*

Per quanto riguarda la donazione, la giurisprudenza, in particolare con le decisioni di grado straordinario, di secondo e di primo grado emesse nella causa civile ordinaria nr. 169 dell'anno 1975 (pubblicate in *Giur. Samm.*, anni 1970 – 1980, pag. 25 e segg.) ha posti, per quanto qui interessa, i seguenti principi:

*1) il contratto di donazione deve essere stipulato a mezzo di pubblico atto rogato a ministero di notaio;*

*2) è nulla la donazione non confermata a mezzo della formalità dell'insinuazione.*

*Delle menzionate decisioni si ritiene sufficiente riportare esclusivamente le massime:*

*- Consiglio Grande e Generale (Consulente Prof. Enzo Nardi) – decisione di grado straordinario 29 maggio 1979:*

*“la donazione per avere piena efficacia deve essere insinuata entro sei mesi dalla manifestazione dell'atto di liberalità.*

*Nel caso in cui il donante premuoia alla insinuazione ed in ogni altro caso in cui non venga effettuata, la donazione ha validità fino ai cinquecento solidi stabiliti dal Codice Giustiniano; la unità monetaria di allora deve intendersi sostituita da quella del Paese interessato”;*

*- Giudice delle Appellazioni (Prof. Giovanni Cassandro) – sentenza di secondo grado 4 giugno 1978:*

*“l'evoluzione storica, pur modificando alcuni caratteri e presupposti dell'insinuazione, non è pervenuta alla sua abrogazione.*

*Il regime della pubblicità degli atti introdotto con la legge 14 marzo 1918 nr. 11 ha surrogato o supplito una delle due funzioni dell'insinuazione, quella “formale”, non già quella “sostanziale”, per la quale l'istituto continua a soddisfare l'esigenza dell'ordinamento giuridico, che le donazioni siano fatte “sponte”, non per timore o per frode.*

*L'insinuazione non è caduta in desuetudine perché la forza abrogatrice della consuetudine si manifesta nel diritto comune soltanto se abbia a fondamento un coerente e non interrotto succedersi di atti contrari alla norma esistente per uno spazio di tempo considerevole”;*

*- Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli) – sentenza di primo grado 13 agosto 1976:*

*“Sono requisiti per la validità della donazione:*

*a) la presenza di due testimoni;*

*b) la chiara manifestazione della volontà del donante e l'accettazione del donatario;*

*c) nella donazione non può comprendersi l'universalità dei beni del donante, ma deve rimanere riservata perlomeno la vigesima parte dei beni della quale poter disporre per testamento;*

*d) l'insinuazione.*

*L'insinuazione consiste nella pubblicazione e registrazione del contratto di donazione avanti al Giudice, il quale ne prende atto, senza che vi sia necessità di conferma mediante suo Decreto.*

*Si suppone che nel donante non vi sia libero consenso finché l'atto non sia insinuato.*



*La formalità dell'insinuazione non è richiesta in ogni caso di donazione, ma solo per le donazioni eccedenti i cinquecento solidi. L'insinuazione deve essere effettuata entro sei mesi dal giorno della donazione”.*

L'atto di donazione in data 20 ottobre 1978 è stato stipulato con privata scrittura. La donazione non è stata insinuata né entro i prescritti sei mesi, né successivamente. La donazione pertanto deve essere dichiarata nulla.

(omissis)

#### 44.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 26 agosto 1991.

Guidi Maurizio ed altri (Avv. G.L. e G.N. Berti) : De Biagi Silvano (Avv. L. Baccocchi)  
– Causa n. 59, anno 1990.

#### **Locazione – Contratto – Cessione – Consenso del proprietario – Sublocazione – Effetto – Comodato.**

*Per la cessione del contratto di locazione è necessario il consenso scritto del locatore.*

*La sublocazione non ha l'effetto di sostituire, nei confronti del locatore, il sublocatario al locatario per il pagamento del canone.*

*Con il contratto di comodato, essenzialmente gratuito, il comodante concede al comodatario l'uso di un bene, mobile od immobile, da restituirsi al comodante stesso alla scadenza del termine pattuito.*

---

#### FATTO

Con atto di citazione in data 26 febbraio 1990 i signori Guidi Maurizio, Guidi Giovanni, Guidi Gabriella e Guidi Maria Grazia hanno convenuto avanti a questo Tribunale il signor De Biagi Silvano per sentirlo condannare “in favore degli attori Guidi al pagamento della somma di L. 45.583.750= oltre agli interessi e alla rivalutazione monetaria, conseguente alla svalutazione monetaria intercorsa, da conteggiarsi sul capitale dal 31 ottobre 1988, data in cui il debitore avrebbe dovuto effettuare il pagamento, all'effettivo saldo; con spese ed onorari di causa da farsi a carico della parte soccombente”.

Esponavano gli attori di avere ceduto in locazione al signor Simoncini Gian Carlo, con contratto in data 24 ottobre 1986, il complesso immobiliare sito a Dogana in via Consiglio dei Sessanta, distinto al catasto fabbricati della Parrocchia X, Foglio 2 mappali 124, 125 sub 1, 125 sub 2, 127 sub 1 e 127 sub 2 al prezzo di L. 41.500.000= con decorrenza dal 27 ottobre 1986 al 31 ottobre 1991. In data 20 gennaio 1987 il signor Simoncini Gian Carlo, con il consenso dei proprietari signori Guidi, cedeva il contratto di locazione al signor De Biagi Silvano. Nel gennaio 1989 gli attori sollecitavano il pagamento del canone locativo, maggiorato come da contratto, relativo al periodo 24 ottobre 1988-24 ottobre 1989 ed ammontante a L. 54.883.750=, ed il signor De Biagi

Silvano versava un acconto di tale canone di locazione pari a L. 9.300.000=. Successivamente il convenuto De Biagi Silvano precisava che a godere del complesso immobiliare locato dagli attori non era lui medesimo, bensì la società anonima San Marino Cash & Carry, ora in liquidazione coattiva, e che pertanto il preteso canone di locazione avrebbe dovuto essere pagato dai liquidatori della società. Gli attori replicavano di non avere mai prestato il loro consenso alla cessione del contratto di locazione alla società ora in liquidazione, chiedendo la condanna del convenuto al pagamento del canone citato.

In data 5 giugno 1990 si costituiva il convenuto a mezzo di procuratore.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi documenti e testi, escussi all'udienza del 4 ottobre 1990.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso chiedendo la condanna del convenuto De Biagi Silvano al pagamento della somma di L. 45.583.750= "oltre agli interessi e rivalutazione monetaria da conteggiarsi sull'intero capitale - pari a L. 54.883.750 - dal 31 ottobre 1988 al 17 gennaio e sulla somma di L. 45.583.750= dal 18 gennaio 1989 sino all'effettivo soddisfo [...] nonchè delle spese ed onorari di causa".

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo "rigettare l'istanza presentata dalla procura avversa e condannare i signori Guidi Maurizio, Guidi Giovanni, Guidi Gabriella e Guidi M. Grazia al pagamento di tutte le spese ed onorari del presente giudizio".

## DIRITTO

1. Gli attori reclamano dunque dal convenuto signor De Biagi Silvano il pagamento del canone di locazione per il periodo 24 ottobre 1988-24 ottobre 1989, relativo all'immobile di loro proprietà sito a Dogana in via Consiglio dei Sessanta.

Il convenuto non contesta il credito vantato dagli attori, ma eccepisce che l'obbligo di provvedere al pagamento grava sulla società anonima San Marino Cash & Carry, oggi in liquidazione coattiva. Ciò in quanto il predetto immobile di proprietà dei signori Guidi fu concesso in comodato gratuito dal signor De Biagi Silvano alla s.a. San Marino Cash & Carry con scrittura privata in data 21 gennaio 1988, registrata in data 25 gennaio 1988 al n. 304, vol. 195 del Registro di formalità. Secondo la procura convenuta, a seguito di tale contratto di comodato "la società ha di fatto sostituito il De Biagi in tutte le obbligazioni nascenti dal contratto di locazione a suo tempo intercorso fra le parti in causa. Gli attori, sebbene a conoscenza di questa sostituzione l'hanno di fatto accettata, ricevendo regolarmente i pagamenti dalla società e nulla hanno eccepito".

Prima di esaminare il merito della controversia, occorre dunque accertare se effettivamente al rapporto contrattuale tra gli attori ed il signor De Biagi Silvano sia subentrato, sostituendolo, un nuovo e diverso rapporto tra gli stessi attori e la società anonima San Marino Cash & Carry, per verificare se l'obbligazione di pagare il canone di locazione gravi sul signor De Biagi ovvero sulla s.a. San Marino Cash & Carry.

2. Risulta dagli atti di causa che tra il signor De Biagi Silvano ed i signori Guidi è stato concluso un contratto di locazione avente ad oggetto un bene immobile sito a Dogana in via Consiglio dei Sessanta. Dall'esame delle scritture private in data 24 ottobre 1986 (registrata in data 29 ottobre 1986, al n. 3156 vol. 189 del Registro di formalità) ed in data 20 gennaio 1987 (registrata in data 3 febbraio 1987 al n. 417 vol. 190 del Registro di formalità) si evince, infatti, che gli attori si sono obbligati a mettere nella materiale disponibilità del convenuto un bene immobile di loro proprietà, che quest'ultimo si è

obbligato a restituire dopo averlo goduto per un certo periodo di tempo; come corrispettivo del godimento del bene verso il corrispettivo di una certa somma di denaro. E' questo lo schema tipico della *locatio conductio rei*, il cui elemento essenziale è la fissazione di un canone periodico, come si evince da D. 19, 1, 2: "sic et locatio, et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit".

La locazione degli immobili è disciplinata, per quanto attiene agli obblighi essenziali delle parti, la durata e l'estinzione del contratto, dalla legge 15 dicembre 1982 n. 117 (le cui disposizioni sono ora state raccolte, con modificazioni, nella legge 20 febbraio 1991 n. 26), la quale, al fine di realizzare una più compiuta tutela del conduttore, sottrae la materia, per gli aspetti dalla medesima regolati, al diritto comune.

3. Risulta, altresì, dagli atti di causa, che con scrittura privata in data 21 gennaio 1988, il signor De Biagi Silvano, locatario dell'immobile di proprietà dei signori Guidi, concedeva tale immobile "in comodato precario e pertanto a titolo gratuito, alla Società anonima San Marino Cash & Carry", di cui era amministratore lo stesso signor De Biagi Silvano.

E' noto che **il comodato, detto anche "prestito d'uso", è un contratto reale, nel quale una parte (comodante) consegna una cosa mobile o immobile all'altra (comodatario), alla quale si consente di farne uso per un certo periodo di tempo, per poi restituirla al comodante stesso. Si tratta di un contratto essenzialmente gratuito, atteso che il pagamento di una mercede trasformerebbe il contratto di comodato in locazione** (Inst. 3, 15, 2: "Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta tibi utenda data est; alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videbatur". Si veda anche J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XIII, tit. VI, n. 1).

**Colui che concede una determinata cosa in uso è il proprietario o il possessore, sebbene non proprietario, della cosa medesima.** In D. 13, 6, 15, viene infatti prevista la possibilità di prestare una cosa altrui, purchè il comodante ne abbia il possesso ("Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus: tametsi scientes alienam possidemus").

In conseguenza del contratto di comodato tra il signor De Biagi Silvano e la società anonima San Marino Cash & Carry - al quale i signori Guidi sono affatto estranei - non vi è stato alcun trasferimento alla società dell'obbligazione di pagare il canone di locazione agli attori, nei confronti dei quali rimane obbligato solo ed esclusivamente il convenuto De Biagi Silvano. La società San Marino Cash & Carry si è infatti obbligata solo verso il convenuto a restituire l'immobile "su semplice richiesta anche orale del comodante, senza pretendere alcunchè a titolo di indennizzo o rimborso spese" (si veda l'art. 2 della scrittura privata in data 21 luglio 1988 prodotta in atti). D'altra, parte, come correttamente osserva la procura attrice nelle finali allegazioni, la eventuale richiesta alla società di restituzione dell'immobile non avrebbe avuto alcun effetto modificativo o estintivo sul rapporto contrattuale tra i signori Guidi ed il signor De Biagi Silvano.

4. La procura convenuta, peraltro, sostiene che i signori Guidi avrebbero acconsentito alla cessione del contratto di locazione alla società San Marino Cash & Carry, avendo accettato il pagamento del canone di locazione per i periodi 30 ottobre 1987- 30 ottobre 1988 e 27 ottobre 1988-27 dicembre 1988 mediante due assegni tratti su conti correnti intestati alla società, per cui "è del tutto arbitrario richiedere il pagamento al signor De Biagi, in quanto è del tutto estraneo al rapporto di locazione, regolarmente ceduto alla società, con l'accettazione tacita della proprietà".

Si deve peraltro rilevare che il signor De Biagi Silvano era amministratore unico della s.a. San Marino Cash & Carry, il quale per effetto dei suoi poteri “provvedeva al pagamento dei canoni di locazione” (si veda la deposizione resa dall’avv. Raimondo Fattori in data 4 ottobre 1990), e che, come chiarisce la procura attrice “le due vesti del signor De Biagi erano tali da generare confusione o comunque sottile differenza sotto il profilo giuridico, per cui gli attori potevano anche non essersi resi conto di eventuali e potenziali riflessi indiretti che l’accettazione poteva comportare”. Ed in effetti, non risulta dagli atti di causa, alcuna prova della conoscenza, da parte dei signori Guidi, della concessione in uso dell’immobile alla s.a. San Marino Cash and Carry, ed è plausibile che essi abbiano accettato il pagamento senza rendersi conto che proveniva da un soggetto diverso, una società anonima persona giuridica. Tanto più che ancora in data 30 marzo 1989 il signor De Biagi Silvano inviava a nome proprio disdetta del contratto di locazione, mostrando di ritenersi personalmente obbligato, non avendo avuto, in caso contrario, alcun titolo per fare ciò, dato che la società era in liquidazione coattiva.

Non si può comunque sostenere che vi è stata cessione del contratto di locazione alla società, accettata dai locatori per effetto di un “comportamento concludente”.

L’art. 4 della legge 15 dicembre 1982 n. 117 stabilisce, in via generale, che **“per la cessione del contratto è necessario il consenso scritto del locatore”**, mentre l’art. 17, ultimo comma, della stessa legge, dispone - relativamente agli immobili destinati ad attività imprenditoriali - che **“la cessione del contratto di locazione, salvo diversa pattuizione contrattuale, deve avere il benessere del locatore e deve essere registrata a norma del precedente art. 2”**.

L’esame dei contratti di locazione prodotti in atti consente di affermare che non esiste alcuna pattuizione che sia diretta a modificare quanto imposto dalla legge, tanto più che alla cessione del contratto dal signor Simoncini al signor De Biagi hanno aderito, prestando espressamente ed in forma scritta il loro consenso, gli attori.

Il consenso scritto del locatore è richiesto dalla legge in considerazione della particolare rilevanza attribuita, nel contratto in esame, alla persona del conduttore, per le obbligazioni nascenti a carico dello stesso (obblighi di conservazione e di manutenzione dell’immobile locato, di pagamento del canone, di restituzione del bene nelle stesse condizioni in cui era stato consegnato, ecc.). Tale consenso scritto non è mai stato prestato, e nemmeno può ritenersi manifestato con un comportamento concludente, dal quale, secondo le circostanze, possa desumersi l’implicito intento negoziale.

Da quanto osservato circa la doppia veste del signor De Biagi Silvano, parte contrattuale e amministratore unico della s.a. San Marino Cash & Carry, e dalla documentazione agli atti di causa (si vedano le lettere inviate in data 8 marzo 1989 e 3 aprile 1989 dalla parte attrice e dal suo procuratore al signor De Biagi Silvano ed all’avv. Livio Bacciocchi), si evince infatti che il comportamento dei signori Guidi non può essere interpretato come consenso alla cessione del contratto.

**E’ onere della parte convenuta, peraltro, dare la prova del consenso implicito degli attori alla cessione del contratto, posto che è il convenuto che deve provare i fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto vantato dalla parte attrice, atteso che “*reus in excipiendo fit actor*”**. Nella specie manca una tale prova, per cui non può attribuirsi al comportamento dei signori Guidi il significato di accettazione della cessione del contratto.

Infine, non risulta dagli atti di causa che la presunta cessione del contratto dal signor De Biagi Silvano alla società anonima San Marino Cash & Carry sia stata registrata a norma

dell'art. 2 della legge n. 117 del 1982, essendo stato prodotto in atti esclusivamente il già esaminato contratto di comodato.

5. Nemmeno si può affermare che per effetto della accettazione da parte dei Signori Guidi del pagamento dei canoni con assegni tratti su conti correnti intestati alla società, si sia realizzata la sublocazione dell'immobile alla società prevista dal secondo comma dell'art. 17 della legge n. 117 del 1982. Una tale ipotesi pare essere avanzata dalla procura convenuta allorchè, nelle finali allegazioni, afferma l'importanza della "trasformazione della ditta individuale del signor De Biagi Silvano in società s.a. San Marino Cash & Carry".

Il secondo e terzo comma dell'art. 17 citato stabiliscono che "qualora il locatario ceda ad altri l'azienda, il locatore non può opporsi alla sublocazione del contratto di locazione, a meno che non ricorrano gravi motivi relativi alla persona del sublocatario. La comunicazione di sublocazione del contratto deve pervenire al locatore con 30 giorni di anticipo". Nel caso in esame non è stata fornita la prova - che incombeva al convenuto - della cessione dell'azienda del signor De Biagi alla s.a. San Marino Cash & Carry, nè dell'invio agli attori della comunicazione richiesta dalla legge.

D'altra parte, anche ammesso che vi fosse stata sublocazione dell'immobile alla società, pur prescindendo dalla particolare ipotesi prevista dal 2° comma dell'art. 17 della legge 117 del 1982, questa non avrebbe potuto avere l'effetto di sostituire, nei confronti dei locatori, il sublocatario al locatario per il pagamento dei canoni. **Nella sublocazione il conduttore reimpiega nei confronti del terzo subconduttore la posizione che gli deriva dal contratto di locazione in corso, riproducendo lo stesso tipo di operazione economica del contratto di locazione base. In definitiva, tra le parti originarie viene mantenuto il rapporto contrattuale originario, ma il locatario che subloca l'immobile diviene a sua volta locatore, onde si aggiunge al contratto originario un nuovo contratto che ha per oggetto posizioni giuridiche derivanti dal primo.**

*La sublocazione in quanto tale non è soggetta ad una disciplina speciale, per cui rimane regolata dal diritto comune. La giurisprudenza sammarinese (si veda la sentenza del Commissario della Legge in data 5 agosto 1947, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 186 s.), che ha recepito le regole elaborate dalla dottrina del diritto comune, ha posto i seguenti principi: 1) la sublocazione non rompe le relazioni del proprietario con il conduttore (come risulta da D. 49, 14, 47 par. 1 - "De conductore alii locante"); 2) il locatore non può agire direttamente nei confronti del subconduttore e viceversa, perchè i due contratti sono diversi; 3) la facoltà di sublocare - peraltro espressamente esclusa dalle parti nel caso in esame - non esclude o riduce la responsabilità del conduttore principale "che è il solo giuridicamente obbligato verso il locatore originario", purchè "il locatore non abbia compiuto una novazione (che non si deve presumere mai) e cioè abbia liberato il conduttore e riconosciuto come titolare del contratto di locazione il subconduttore".*

*E' noto che la novatio è definita come prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio, atque translatio: hoc est, cum ex precedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur" (D. 46, 2, 1). In definitiva, vi è la sostituzione di una vecchia obbligazione con una nuova avente lo stesso contenuto economico. La dottrina del diritto comune definisce "delegatio" "quella novazione che si fa con l'intervento di una nuova persona, surrogando cioè un altro debitore verso il proprio creditore, o verso quello che viene dallo stesso creditore additato" (J. VOET, Commento alle Pandette, lib. XLVI, tit. II, n. XI).*

*Perchè si abbia novazione, tuttavia, deve risultare positivamente dimostrato da chi vi abbia interesse il c.d. "animus novandi", vale a dire la volontà di novare l'obbligazione, onde non vi è delegazione "se il primo locatore di un fondo ha ricevuto il fitto per più anni da quello cui il medesimo fondo era stato sublocato dal conduttore, senza che avvenisse una speciale convenzione" (J. VOET, op. cit., n. XII).*

Nella specie, manca completamente la prova "dell'*animus novandi*", e quindi anche se si volesse sostenere la tesi della sublocazione, il signor De Biagi sarebbe direttamente responsabile nei confronti dei signori Guidi per il pagamento dei canoni di locazione.

6. In conclusione, per effetto del contratto di comodato concluso fra il signor De Biagi Silvano e la società anonima San Marino Cash & Carry quest'ultima non ha assunto alcun obbligo di pagare i canoni di locazione dell'immobile di proprietà dei signori Guidi e concesso in locazione al signor De Biagi Silvano.

Deve, di conseguenza, essere respinta l'eccezione sollevata dalla procura convenuta, ed essere pronunciata la condanna del signor De Biagi Silvano al pagamento a favore dei signori Guidi del canone di locazione reclamato.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, infine, deve osservarsi incidentalmente che la società ha provveduto indebitamente a pagare il canone di locazione relativo al periodo 30 ottobre 1987-27 dicembre 1988, non esistendo alcun titolo giuridico idoneo a giustificare un tale pagamento, essendo obbligato verso i signori Guidi solo ed esclusivamente il signor De Biagi Silvano.

7. La procura attrice afferma che il canone di locazione per il periodo 24 ottobre 1988-24 ottobre 1989, di cui si chiede il pagamento, ammonta a L. 54.883.750=. Da tale importo deve essere detratta la somma di L. 9.300.000=, versata agli attori in data 17 gennaio 1989.

Risulta dagli atti di causa che con lettera in data 30 marzo 1989 il signor De Biagi Silvano inviava agli attori "formale disdetta del contratto di locazione". La disdetta da parte del conduttore deve essere inviata almeno sei mesi prima della scadenza del contratto (v. art. 16 della legge 15 dicembre 1982 n. 117). Siccome nella disdetta non è indicato il giorno di rilascio dell'immobile, e siccome il pagamento del canone, secondo quanto convenuto tra le parti, avrebbe dovuto avvenire "in unica soluzione anticipata", si deduce la conseguenza che il signor De Biagi Silvano ha inteso lasciare libero l'immobile alla data del 24 ottobre 1989 - momento in cui avrebbe dovuto provvedere al pagamento del canone per l'anno seguente. A nulla rileva la liquidazione coattiva della società, ed il fatto che le chiavi dell'immobile siano state depositate dal rag. Gian Enrico Casali presso la Cancelleria del Tribunale successivamente al 31 maggio 1989 (deposizione resa dallo stesso in data 4 ottobre 1990), posto che obbligato al pagamento del canone e alla restituzione dell'immobile è il signor De Biagi personalmente e non la società San Marino Cash & Carry.

Deve dunque essere pronunciata la condanna del signor De Biagi Silvano al pagamento a favore dei signori Guidi della somma di L. 45.583.750=.

8. La procura attrice richiede, inoltre, gli interessi ed una somma pari alla svalutazione monetaria "sull'intero capitale dal 31 ottobre 1988 al 17 gennaio 1989 e sulla somma di L. 45.583.750= dal 18 gennaio 1989 sino all'effettivo soddisfo".

Sono dunque richiesti gli interessi moratori, che rappresentano nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 2, p. 191). Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto

comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica *ex re*, secondo il brocardo "*dies interpellat pro nomine*"), negli altri casi quando il creditore abbia inutilmente chiesto l'adempimento, di modo che essa decorre dal giorno della "*interpellatio*" (cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI).

Nel caso in esame risulta che il pagamento del canone avrebbe dovuto essere effettuato entro il 31 ottobre 1988, onde devono essere riconosciuti gli interessi al tasso legale siccome richiesto dalla procura attrice.

Deve, poi, essere riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria, sulla base degli indici accertati dall'ISTAT, sulla somma di L. 54.883.750= dal 31 ottobre 1988 al 17 gennaio 1989, e sulla somma di L. 45.583.750= dal 18 gennaio 1989 all'effettivo soddisfo.

Tale rivalutazione è da accordarsi a titolo di risarcimento del danno per non avere il convenuto adempiuto alla sua obbligazione pecuniaria nel termine contrattualmente stabilito. Il danno deriva agli attori dall'accertato minore potere d'acquisto della moneta. In forza dell'accertato minore potere d'acquisto della moneta, infatti, gli attori vedono diminuire una ricchezza che avrebbe dovuto essere già nella loro sfera di disponibilità nel termine convenzionalmente stabilito. Tale accertamento è da ritenersi un fatto notorio, perchè è conoscenza diffusa e comune, e pertanto risulta ampiamente provato ai fini di causa.

9. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto, vanno posti a carico della parte convenuta, perchè soccombente.

#### 45.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 26 agosto 1991.

S.A. Data Print Paper (Avv. L. Lonfernini) : Spinalbelli Rosalba ed altri (Avv. L. Mazza) – Causa n. 91, anno 1990.

**Onere probatorio – Prova della domanda, da parte dell'attore; dell'eccezione, da parte del convenuto.**

**Fideiussione - Garanzia personale di natura convenzionale.**

*La necessità della prova sorge quando il convenuto nega i fatti affermati dall'attore, al quale pertanto incombe l'onere della prova, essendo colui che afferma il fatto su cui si fonda il diritto.*

*Il convenuto, quando allega fatti impeditivi, modificativi o estintivi della pretesa vantata dall'attore, diviene, nella sua eccezione, attore e deve provarne il fondamento.*

*La fideiussione rientra nel genus delle garanzie personali, di natura convenzionale, le quali tendono ad assicurare l'esecuzione di una obbligazione.*

*L'obbligazione fideiussoria, avendo carattere accessorio, si estingue quando viene meno l'obbligazione principale.*

## FATTO

Con atto di citazione in data 27 marzo 1990 la società anonima Data Print Paper ha convenuto avanti a questo Tribunale i signori Spinalbelli Rosalba, Cornacchia Renato e Zanotti Romano per sentirli condannare “al pagamento della somma di L. 36.093.750= corrispondente al canone d’affitto rimasto insoluto, alle spese legali e giudiziarie”.

Esponeva l’attrice di essere creditrice nei confronti della società anonima Silsa Doors del canone d’affitto dei locali siti a Galazzano in Strada Cardio, limitatamente al secondo semestre “dell’anno in corso” e che i convenuti sarebbero garanti nei confronti della società istante dell’esatto adempimento del canone di affitto”.

All’udienza fissata si costituivano i convenuti a mezzo di procuratore, il quale affermava che “i convenuti si sono resi garanti nei confronti della società SILSA per il contratto di locazione stipulato nel 1987 e non per la società SILSA DOORS, costituita successivamente a tale data e con la quale i garanti non hanno avuto rapporti nè hanno prestato garanzie”.

Nel corso dell’istruttoria venivano ammessi documenti. Veniva altresì ammessa la prova testimoniale dei signori Palazzi Aldo e Giorgi Pietro, i quali non si presentavano all’udienza fissata per l’escussione, essendo risultato erroneo l’indirizzo fornito dalla procura convenuta. In considerazione di ciò veniva dichiarata, su istanza della procura attrice la decadenza della prova testimoniale medesima.

Nelle finali allegazioni in diritto la procura attrice ha concluso chiedendo la condanna dei convenuti “al pagamento della somma indicata nell’atto di citazione, aggiornata al giorno d’oggi in quanto l’immobile risulta ancora occupato, degli interessi e delle spese legali”.

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo “respingere in toto la richiesta della parte attrice per la quale nessuna prova è dedotta in giudizio ed in quanto del tutto infondata con condanna della società attrice alle spese ed onorari di giudizio”.

## DIRITTO

1. La procura attrice, dunque, si afferma creditrice di una somma pari all’ammontare del canone di locazione nei confronti della società anonima Silsa Doors, locataria un immobile di proprietà di essa attrice, e reclama la condanna dei convenuti in quanto gli stessi si sarebbero costituiti fideiussori della debitrice per l’adempimento dell’obbligazione di pagare il canone di locazione.

La procura convenuta, invece, chiede *in primis* il rigetto della domanda attrice perché non sarebbe stata fornita nessuna prova riguardo alla sussistenza del diritto vantato, e afferma quindi, nel merito, l’infondatezza della stessa domanda in quanto “i convenuti si sono resi garanti nei confronti della società SILSA (ora CAMIF) sulla base del contratto stipulato nel 1987” ed in quanto gli stessi convenuti “non sono intervenuti nel rapporto che si sarà instaurato tra la società DATA PRINT PAPER e la società Silsa Doors né hanno in alcun modo prestato garanzie a favore della stessa”.

2. In via preliminare deve dunque essere esaminato il rilievo mosso dalla procura convenuta allorché richiede il rigetto della istanza attrice “per la quale nessuna prova è stata dedotta in giudizio”.

E’ noto che **nel processo civile sono le parti che hanno l’onere di dimostrare le loro affermazioni nonché l’onere di indicare attraverso quali mezzi di prova intendono**



**provare le rispettive asserzioni giudiziali, “dovendo il Giudice in tutte le azioni così reali che personali [...] essere convinto della verità delle asserzioni delle parti, e questo convincimento non potendosi ottenere se non col mezzo di prove o di presunzioni”** (POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, Venezia, 1841, Lib. XXII, tit. III, p. 87, richiamato anche dalla sentenza del Commissario della Legge in data 18 aprile 1991 nella causa civile n. 418 dell'anno 1988). **Il giudice, infatti, deve decidere “iuxta alligata et probata partium”, non potendo trarre elementi di convincimento da fonti di informazione che non siano state ritualmente acquisite al giudizio con le garanzie processuali del contraddittorio.**

*Di qui l'importanza della disciplina dell'onere della prova: “il sistema delle prove appartiene alla dinamica del diritto; l'attore tende ad immutare la condizione di fatto sussistente, e deve somministrare tutti i fattori d'impulso che si richiede all'uopo, come deve fornirsi la forza da chi vuol vincere l'inerzia della materia; a sua volta il convenuto che contrappone un'eccezione, nel senso materiale o processuale della parola, è nella condizione di chi vuole arrestare, diminuire, ritardare o deviare una forza già in atto; tocca a lui somministrare la forza che conduce all'arresto o all'attenuazione dell'altra o che si combini con essa per formare una risultante”* (Note dei traduttori a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, 1° trad. it. a cura di Fadda e Bensa, Torino, 1902, vol. I, parte I, p. 1203).

*E' evidente che non occorre provare ciò che è pacifico tra le parti, onde il giudice non deve fare alcuna indagine su quanto la parte ammette in accordo con la pretesa della controparte, e deve ritenerlo come cosa certa (cfr: J. VOET, *Commento alle Pandette*, lib. XXII, tit. III, n. IX: “Prova, in primo luogo, l'attore la sua domanda, quando l'oggetto di questa non sia confessato”). La necessità della prova sorge quando il convenuto nega i fatti affermati dall'attore. Il principio generale, in questo caso è che l'onere della prova spetta a colui che afferma il fatto su cui si fonda il diritto, e non su colui che nega (D. 22, 3, 2: “Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat”). E siccome di regola colui che afferma è l'attore, è a questi che incombe l'onere della prova (D. 22, 3, 21: “semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit”). Colui che afferma può essere anche il convenuto, come quando allega fatti impeditivi, modificativi o estintivi della pretesa attorea, ed in tal caso, nella sua eccezione, il convenuto diviene attore e deve provarne il fondamento (D. 44, 1, 1: “Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est”; D. 22, 3, 19: “In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere”. Cfr. anche RICHERI, *Institutiones Universae Civilis et Criminalis Jurisprudentiae*, Torino, 1789, tomo IV, Lib. IV, tit. X, n. 4439, p. 277).*

*Se la parte gravata dall'onere probatorio non vi adempie, l'avversario risulta vittorioso sul punto controverso (C. 2, 1, 4: “Qui accusare volunt, probationes habere debent: cum neque iuris, neque aequitatis ratio permittat ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit”. Cfr. anche J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. III, n. IX: “Se l'attore non prova il reo convenuto debb'essere assolto, ancorchè nulla egli adduca a propria difesa”).*

In effetti, come osserva la procura convenuta nelle allegazioni finali, la parte attrice non ha dato prova dei fatti posti a fondamento della sua pretesa. Ed è noto che “spetta all'attore provare l'esistenza delle obbligazioni di cui domanda il pagamento e spetta al convenuto di dimostrare l'avvenuto pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione dei

suoi obblighi” (sentenza del Commissario della Legge in data 26 luglio 1935, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 64).

Risulta dall’atto di citazione la semplice allegazione al fascicolo di causa di una “scrittura” dalla quale risulterebbe che i convenuti “sono garanti nei confronti della società istante dell’esatto adempimento del canone d’affitto”. Tale documento è solo materialmente presente nel fascicolo di causa, non essendo stato formalmente prodotto né ammesso quale mezzo di prova agli atti. La procura attrice, infatti, non ne ha chiesto l’ammissione nel primo termine probatorio, ed ha rinunciato al secondo termine probatorio; non è stato, inoltre, provato l’inadempimento del debitore principale, e nemmeno sono state portate prove per contrastare le affermazioni della parte convenuta. In definitiva, essa attrice, come rileva la procura convenuta, non ha fornito alcuna prova delle sue affermazioni giudiziali, né per contrastare le affermazioni della controparte.

La procura convenuta, peraltro, dichiara che i documenti citati nell’atto di citazione possono essere considerati “noti”, “in quanto non contestati dai convenuti”, ma eccepisce l’estraneità dei convenuti medesimi al rapporto contrattuale tra la società attrice e la società anonima Silsa Doors, producendo documenti regolarmente ammessi agli atti di causa.

3. L’attrice, come detto, esperisce azione contro i garanti dell’adempimento della obbligazione di pagare il canone di locazione, a seguito dell’inadempimento del debitore principale. I convenuti, infatti si sono costituiti fideiussori nei confronti della attrice per il pagamento del canone di locazione.

*La fideiussione rientra nel genus delle garanzie personali, di natura convenzionale, le quali tendono ad assicurare l'esecuzione di una obbligazione. Il fideiussore è infatti colui che si obbliga a soddisfare il creditore qualora il debitore principale non soddisfa la propria obbligazione: “fideiussore dicesi quegli che assume sopra di sé, mediante stipulazione, una obbligazione altrui, ferma la obbligazione del debitore principale” (J. VOET, Commento alle Pandette, lib. XLVI, tit. I, n. 1).*

*La dottrina del diritto comune ha individuato gli elementi essenziali della obbligazione fideiussoria, affinché la “fideiussione proceda efficacemente” (cfr. J. VOET, loc. cit., n. 3 e RICHERI, Universa Civilis et Criminalis Jurisprudencia, lib. III, tit. XIV, n. 1970): il fideiussore deve promettere di pagare un debito altrui, deve intervenire “rispetto a quello verso il quale sussiste il debito, costituendosene obbligato verso di lui”, e deve promettere la stessa cosa dovuta dal debitore principale.*

*L'obbligazione fideiussoria ha, dunque, carattere accessorio dell'obbligazione principale. In considerazione di ciò, è evidente che essa si estingue quando viene meno l'obbligazione principale, a seguito del verificarsi di una causa estintiva della medesima. Tra queste vanno ricordate (cfr. VOET, loc. cit., n. 36) la “solutio”, vale a dire l'adempimento da parte del debitore principale; la “confusione”, quando la qualità di debitore e di creditore vengono a coincidere nella stessa persona; la “prescrizione”, e la “novatio”. Quest'ultima, in particolare, è definita come “prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio, atque translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur” (D. 46, 2, 1). Vi è dunque la sostituzione di una vecchia obbligazione con una nuova avente lo stesso contenuto economico. Da rilevare che la dottrina del diritto comune definisce “delegatio” “quella novazione che si fa con l'intervento di una nuova persona, surrogando cioè un altro debitore verso il proprio creditore, o verso quello che viene dallo stesso creditore additato” (VOET, op. cit., Lib. XLVI, tit. II, n. XI).*

4. Nel caso di specie, tuttavia, si tratta di stabilire chi sia il debitore principale, se la società anonima SILSA ovvero la società anonima Silsa Doors. I convenuti sostengono infatti di avere prestato fideiussione a favore della SILSA s.a.; la parte attrice, invece, si afferma come creditrice - e dunque riconosce come proprio debitore - la s.a. Silsa Doors. L'esame del contratto di locazione in data 29 ottobre 1987, registrato in data 26 novembre 1987 al n. 3336 vol. 194 del Registro di formalità, prodotto dalla procura convenuta, consente di affermare che la attrice società anonima Data Print Paper ha concesso in locazione un immobile di sua proprietà alla società anonima S.I.L.S.A.. Risulta parimenti dal certificato rilasciato dalla Cancelleria di questo Tribunale - prodotto in atti - che la società anonima S.I.L.S.A. ha cambiato successivamente denominazione in Nuova Silsa, e dal 14 febbraio 1989 in CAMIF. Risulta, altresì, dagli atti di causa (lettera in data 29 marzo 1990 inviata dall'avv. Mazza all'avv. Luigi Lonfernini) che i convenuti "si erano resi garanti nei confronti della società Data Print Paper per gli obblighi assunti dalla società SILSA con il contratto stipulato il 29 ottobre 1987".

La parte attrice, peraltro, nell'atto di citazione afferma di essere "creditrice nei confronti della società anonima Silsa Doors, con sede in Galazzano, Strada Cardio, del canone di affitto dei locali attualmente occupati" dalla stessa, "limitatamente al secondo semestre dell'anno in corso". Dalla documentazione prodotta in atti dalla parte convenuta si evince che la società anonima Data Print Paper ha presentato domanda di insinuazione per tale somma al passivo del giudiziale concorso fra i creditori della s.a. Silsa Doors, assumendo che "il credito della ditta istante nasce dal contratto di locazione di opificio industriale [...], con la precisazione che il contratto a suo tempo fu stipulato con la soc. an. Silsa, ora Camif". Sono allegate alla domanda di insinuazione n. 6 fatture emesse nei confronti della s.a. Silsa Doors, relative all'ammontare del canone di locazione e al consumo di acqua e di energia elettrica.

Dal certificato di vigenza della s.a. Silsa Doors - pure prodotto in atti - emerge, infine, che tale società è completamente diversa dalla s.a. Camif.

Da quanto precede si trae pertanto la conclusione che, essendo stato concluso il contratto di locazione tra la società attrice e la s.a. S.I.L.S.A. (ora Camif), l'obbligazione di pagare il canone - con virtù di quanto previsto dal contratto prodotto in atti - grava sulla s.a. Camif, che deve considerarsi debitore principale, e che quindi i convenuti hanno garantito alla attrice il pagamento il canone di locazione da parte della s.a. Camif.

Non risulta invece dagli atti di causa a quale titolo la s.a. Silsa Doors, nei confronti della quale, come già detto, la parte attrice afferma di essere creditrice, sia intervenuta nel rapporto contrattuale tra la s.a. Data Print Paper e la s.a. Camif, e quale sia la fonte dell'obbligazione della s.a. Silsa Doors di pagare il canone.

Deve comunque osservarsi che **la sostituzione di un nuovo debitore al precedente - che può essere determinata dalla cessazione del primo rapporto contrattuale e dalla stipulazione di un nuovo contratto, ovvero dalla cessione del contratto o comunque attraverso la sublocazione nella quale il debitore abbia compiuto una novazione, e cioè abbia liberato il conduttore e riconosciuto come titolare del contratto di locazione il subconduttore - importa l'estinzione della obbligazione del primo debitore con tutti gli accessori e le garanzie, a meno che non sia stato stabilito diversamente tra le parti** (cfr. VOET, op. cit., li. XLVI, tit. II, n. XIV).

In definitiva, non avendo l'attore fornito la prova dei fatti costitutivi del suo diritto, ed in particolare il collegamento tra il rapporto contrattuale tra la società attrice e la s.a. Silsa

Doors e la garanzia prestata dai convenuti per l'adempimento di una obbligazione gravante su un soggetto estraneo a tale rapporto contrattuale (la s.a SILSA, ora Camif), non può essere pronunciata la condanna dei convenuti, sulla base del principio sopra ricordato "attore non probante reus absolvitur".

5. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto, sono da porsi a carico della parte attrice, perché soccombente.

#### 46.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 17 settembre 1991.

Manzoni Borghesi Nicola e Gardini Giuseppina (Avv. G. Micheloni) : Guidi Giovanni ed altri (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 268, anno 1987.

**Confini – Azione di stabilimento dei termini – Azione di regolamento di confine – Azione rivendicatoria – Prescrizione acquisitiva.**

*L'actio finium regundorum, sperimentata al fine di ottenere la restituzione di una porzione del fondo, posseduta dal vicino, assume il carattere dell'azione rivendicatoria, che ammette l'eccezione di prescrizione acquisitiva da parte del convenuto.*

*Dell'asserita prescrizione acquisitiva deve essere fornita non solo la prova rigorosa della perpetuazione del possesso, per il tempo dalla legge prefissato, ma anche la prova fondamentale del disinteresse assoluto del titolare del dominio.*

---

#### FATTO

Con atto di citazione in data 4 dicembre 1987 i Conti Manzoni Borghesi (premesse che Guidi Giovanni, Maurizio, Gabriella, Maria Grazia, avevano arbitrariamente occupato e recintato terreni di loro proprietà, siti in Dogana, distinti al Catasto Terreni al foglio 2 col nr. 118 di mq. 160, col nr. 413 di mq. 110 nonché porzioni delle particelle sempre distinte al foglio 2 con i nr. 414 e 129 di circa mq. 170) convennero i Guidi avanti a questo Tribunale per sentirli condannare "al ripristino dei confini di proprietà dei terreni come sopra distinti", I convenuti si costituirono in giudizio a mezzo di procuratore e si opposero all'istanza attrice definendola infondata ed eccependo la legittimazione delle parti ad agire e la mancata dimostrazione del diritto di proprietà. Nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi documenti prodotti dalla parte attrice; vennero esaminati i testi geom. Valli Francesco (nell'udienza del 12 gennaio 1989), Babboni Primo, Guerra Luigi, Merlini Vitelio, Leardini Guido (nell'udienza del 9 novembre 1989). Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto in atti le finali allegazioni. Il procuratore degli attori conclude richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione. Il procuratore dei convenuti richiede che l'istanza attrice sia respinta "per prescrizione dei diritti rivendicati dagli attori e riconoscersi il diritto di proprietà per acquisto originario di usucapione dei convenuti".

## DIRITTO

(omissis)

**L'azione di stabilimento dei termini va distinta in azione di stabilimento dei termini, propriamente detta, ed in azione di regolamento di confine, secondo che è diretta ad ottenere la semplice apposizione di termini sulla linea di confine attualmente certa ed incontrastata, ovvero la determinazione di confine confuso ed incerto. Sotto il primo aspetto l'azione è personale (D. 10, 1, 1) perché l'attore mira con essa a conseguire la prestazione di un fatto da parte del convenuto (e cioè il di lui concorso nelle operazioni e nelle spese dello stabilimento dei termini). Nel secondo significato è mista (Inst., 4, 6, 20) "partim in rem et partim in personam" (afferma il Richeri, Univ. Civ. et Crim. Jurisp., lib. IV, tit. V, parag. 165): "In rem quatenus confini vindicat partem agri sui, in personam, quatenus praestationes personales in hanc actionem venire possunt". Per altro, quando chi esperimenta l'actio finium regundorum tende a recuperare, mediante la rettificazione di confine, una porzione del suo fondo, posseduta dal vicino, in tal caso l'azione assume il carattere dell'azione rivendicatoria, che è azione reale che richiede la prova da parte dell'attore ed ammette, eventualmente, l'eccezione di prescrizione acquisitiva da parte del convenuto.**

Nel caso attuale gli attori Conti Manzoni Borghesi tendono a recuperare porzioni di terreno oggi possedute dai convenuti Guidi e si versa pertanto nel caso di una azione rivendicatoria.

La rei vindicatio è così definita dal Perezio (Praelect. in Cod., lib. III, tit. 32, nr. 2): "Actio in rem qua quis potest se dominum rei controversae declarari, et eam officio iudicis a possessore sibi restitui. Dicitur in rem actio, quia non agitur cum possessore, tamquam obligatio ex contractu, sed ex iure dominii quod contendit se habere actor in rem quam alter possidet".

**Chi propone la vindicatoria deve provare i seguenti estremi:**

1) **il possesso della cosa rivendicata da parte del convenuto** ("Officium iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat an reus possideat" – D., 6, 1, 9);

2) **la asserita proprietà sulla cosa stessa** ("In rem actio competit ei, qui iure gentium, aut jure civili dominium adquisivit" – D., 1.c., leg. 23).

**In relazione al primo estremo è da osservare che l'azione può proporsi contro qualsiasi possessore "adversus quoscumque rei possessores" e quindi anche contro i terzi detentori "sive bonae, sive malae fidei sint, etiam iusto titulo munitos"** (Richeri, op. cit., lib. IV., tit. III, parag. 110) purchè abbiano facoltà di restituire la cosa rivendicata ("puto autem ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse" – Dig., 1.c., leg. 9). Nel caso attuale risulta, e non è in alcun modo contestato, che i convenuti possiedono le particelle di terreno rivendicate dagli attori e che sono in grado di effettuarne, in qualsiasi momento, la restituzione.

**In relazione al secondo estremo da porre a base dell'azione di rivendicazione, è da distinguere il caso in cui l'attore sostiene di avere acquistata la proprietà in uno dei modi derivativi da quello in cui sostiene di averla acquistata in uno dei modi originari. In questo ultimo caso basta dimostrare il fatto da cui la proprietà deriva (occupazione, accessione, usucapione o prescrizione acquisitiva, tradizione a mezzo del Fisco); nel primo caso invece non basta dimostrare il giusto titolo, ma occorre dimostrare la proprietà degli autori, se non all'infinito (probatio diabolica) almeno**

**fino al punto in cui soccorra o la usucapione o la prescrizione acquisitiva. La dimostrazione della proprietà, sia originaria sia derivativa, può darsi “vel testibus, vel instrumentis, vel quibuscumque legitimis probandi modis”** (Voet, Comm. ad Pand., lib. VI, tit. I, nr. 24 – Novella XVIII, cap. X, illud quoque in iudiciis) e comunque in modo che il giudicante la ritenga “concludenter probata”.

Nella fattispecie, il giudicante ritiene la proprietà degli attori più che “concludenter probata”.

I beni immobili di cui è causa risultano catastalmente intestati ai fratelli Manzoni Borghesi Nicola in ragione di cinquantotto centesimi e Manzoni Borghesi Marina in ragione dei restanti quarantadue centesimi. Vero è che il Catasto indica ma non prova. Conclusiva prova forniscono i pubblici atti e registri di questo Tribunale dai quali emerge che l'intestazione predetta consegue alla emanazione della Sentenza di primo grado 5 agosto 1986 (nella quasi ventennale causa civile ordinaria nr. 319 dell'anno 1969) che reca il seguente iniziale dispositivo: “Dichiara, ad ogni effetto di legge, che il patrimonio ereditario morendo dismesso dal Conte Angelo Manzoni Borghesi, deceduto in Firenze in data 29 dicembre 1950, fino ad ora posseduto pro indiviso dai due fratelli eredi, viene suddiviso attribuendo i beni nel patrimonio stesso compresi nelle percentuali pari al 58% (cinquantotto per cento) in favore del Conte Nicola Manzoni Borghesi e pari al 42% (quarantadue per cento) in favore della Marchesa Marina Manzoni Borghesi nei Monsignani Sassatelli Morattini”.

**Sostengono invece i convenuti l'applicabilità della longissimi temporis praescriptio, e cioè della prescrizione trentennale, la quale, dopo Giustiniano, servì non solo come mezzo per respingere l'azione di rivendicazione ma anche come modo per fare acquistare la proprietà. Per tale prescrizione o usucapione straordinaria non si richiede il titolo. E' controverso se sia richiesta la buona fede iniziale. La maggioranza degli interpreti la escludono. Si cita, per tutti, il Voet (op. cit., Lib. XLIV, tit. III. Nr. 9): “Ut autem iure civili ad longissimi temporis triginta vel quadriginta annorum praescriptionem neque iustus titulus concurrere debuit, neque bona fides, sed solius temporis praestituti lapsus sufficit”.**

Tutto ciò premesso, si perviene ora all'esame ed alla valutazione delle prove offerte dell'azione e dell'eccezione.

Per la parte attrice, il teste geom. Valli Francesco ha dichiarato: “Dai rilievi catastali risulta che la ditta Guidi Giovanni, Maurizio, Gabriella e Maria Grazia ha occupato i seguenti terreni: foglio 2 nr. 118 di mq. 160; foglio 2 nr. 414 in parte di mq. 105 circa; foglio 2 nr. 129 in parte di mq. 40 circa e così per un totale di mq. 305. La particella nr. 118 è recintata con rete metallica, la porzione della particella nr. 129 non è recintata, ma è occupata con oggetti vari e da tubature di sfiato di falegnameria; la porzione della particella 414 è occupata in gran parte con manufatti prefabbricati ad uso ripostiglio. I relitti di terreno di cui si discute sono andati ad accorparsi dei lotti edificabili ed edificati ... Quanto a me riferito nella presente udienza si rifà a sopralluoghi effettuati sia in data odierna sia precedentemente qualche anno fa in occasione di esproprio statale in zona per l'allargamento di una strada e per la costruzione di un campo sportivo. Escludo che vi sia stata occupazione dei beni di cui è causa ultratrentennale, in quanto prima che si costruisse il campo sportivo, circa dieci anni fa o anche meno, tutto il terreno era di proprietà dei Manzoni Borghesi; fu fatto il frazionamento per espropriare il terreno necessario per la costruzione di un campo sportivo e l'allargamento di una strada. Su parte del terreno particella 119 del foglio nr. 2, su zona di proprietà dei Guidi, è stato

dagli stessi costruito un fabbricato avente per oggetto vari tipi di esercizio commerciale; in tale occasione i Guidi incorporarono tutto il terreno di cui alla particella 118 del foglio 2 recintandolo con rete metallica e in parte asfaltandolo. In occasione dell'incarto ricevuto dai Manzoni per la determinazione dei terreni espropriati dallo Stato, per quanto già detto precedentemente, ho potuto constatare che ai Manzoni erano rimasti i terreni di cui si discute agli atti della presente causa e conseguentemente ho segnalato questo ai Manzoni stessi".

Occorre porre nel dovuto rilievo che il geom. Valli è tecnico qualificatissimo, di indiscusse ed indiscutibili competenza e professionalità, anche per il fatto di avere svolto per lunghissimi anni le funzioni di Dirigente dell'Ufficio del Catasto. A fronte delle sue circostanziate dichiarazioni, i convenuti non hanno potuto portare che testimonianze incerte, confuse e contraddittorie.

Il teste Babboni Primo ha dichiarato che il fosso che delimitava la proprietà dei Guidi "può essere oggi indicato con il nr. 425" ma immediatamente dopo ha affermato di non essere in gradi di identificare il fosso con gli esatti dati catastali. Ha aggiunto: "oggi il campo sportivo ha occupato parte del 413. La particella 118 era una volta, prima che diventasse in parte strada, di proprietà dei Guidi".

Il teste Guerra Luigi ha affermato: "La proprietà dei Guidi arrivava fino al bosco che era ai bordi del fosso; secondo me il bosco era al confine ed era di proprietà dei Guidi; al di là del bosco c'era il fosso ... Al posto del bosco attualmente vi è una recinzione del campo sportivo anche se non so precisare se coincidono l'ubicazione del bosco e della recinzione".

In merito a tali testimonianze occorre osservare che **la questione dell'onus probandi e del thema probandum, cioè la questione di chi debba provare e che cosa sia da provare, che sorge al riguardo, deve essere risolta secondo i due principi famosi, dettati dalla sapienza e dalla logica dei giureconsulti romani: "semper necessitas probandi incumbit illi qui agit" (Marcianus, D., 22.3.21 in fine = Inst., 2.20.4 in fine) e "reus in exceptione actor est" (Ulpianus, D., 44.1.1.). Dei fatti, dunque, che costituiscono il presupposto dell'azione spetta all'attore offrire le prove e di quelle che formano il presupposto dell'eccezione le prove debbono essere fornite dal convenuto (Paulus, D., 22.3.2.); "Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat"; Ulpianus, D., 22.3.19 pr. "In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere...").**

**Come corollario ai due precedenti principi si pone poi quello, altrettanto noto ed importante, in base al quale la parte cui spetta di fornire la prova non può sottrarsi al relativo onere e riversare sull'avversario la prova contraria.**

**Se la dimostrazione della proprietà, sia originaria sia derivativa, deve essere fornita con prove oltremodo rigorose, altrettanto rigorose "probationes verae, concludentes, et legitimae requiruntur, ut plenam fidem faciant" dell'asserita prescrizione acquisitiva. Si richiede inoltre non solo la prova della perpetuazione di un possesso per un tempo dalla legge prefissato, ma anche la prova fondamentale del disinteresse assoluto dei titolari del dominio, l'abbandono da parte loro "ab initio" di ogni pretesa e facoltà connesse al diritto di proprietà, prova che i convenuti non hanno minimamente fornito.**

L'incarico espressamente conferito dagli attori al tecnico geom. Valli per l'esatta individuazione dei terreni oggetto di esproprio da parte dell'Ecc.ma Camera, le formalità espletate e relative al frazionamento dei terreni stessi, il percepimento da parte degli

attori del dovuto indennizzo, stanno a dimostrazione del costante esercizio del diritto di proprietà da parte degli attori Conti Manzoni Borghesi.

Come l'istituto della perenzione dell'istanza non si fonda solo sul mero trascorrere del tempo ma anche e soprattutto costituisce sanzione per la inattività delle parti, così **la prescrizione altro non è se non la perdita di un diritto per il mancato esercizio per un tempo prestabilito dal diritto medesimo**. In base alla premesse considerazioni, l'istanza attrice deve essere integralmente accolta. Deve pertanto dichiararsi che gli immobili di cui si tratta sono di esclusiva proprietà degli attori Conti Manzoni Borghesi, con obbligo dei convenuti Guidi di restituirli nella piena e libera disponibilità degli attori medesimi.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico solidale dei convenuti.

#### 47.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 18 settembre 1991.

Toccaceli Roberto (Avv. P.L. Bacciocchi) : Toccaceli Primo (Avv. G.M. Marcucci) : Broccoli Aroldo (Avv. L Bacciocchi) – Causa n. 165, anno 1990<sup>78</sup>.

**Proprietà – Immobile di proprietà comune “pro indiviso” per ragioni di acquisto – Vendita di quota della proprietà – Diritto di prelazione del comproprietario – Insussistenza.**

*Il diritto di prelazione del comproprietario di immobile per ragioni di acquisto non ha fondamento in diritto.*

---

(omissis)

#### 48.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 16 ottobre 1991.

Procedura di liquidazione dei beni di Renzetti Dante (Avv. P.L. Bacciocchi) : Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 67, anno 1989.

**Lite temeraria – Danno – Risarcimento.**

---

<sup>78</sup> Riformata con la decisione di secondo grado del 23 maggio 1994; vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 35. La sentenza di secondo grado è stata confermata con la decisione di terzo grado del 26 settembre 1995, vedi Parte seconda, Sezione prima – Decisioni di terzo grado, n. 8.



*La mala fede e la colpa grave sono i requisiti per la pronuncia di condanna al risarcimento dei danni conseguenti alla instaurazione di lite temeraria.*

---

### FATTO

Con istanza avanzata in data 23 febbraio 1989 i procuratori della procedura di liquidazione dei beni di proprietà del signor Renzetti Dante esposero:

- 1) con decreto 28 gennaio 1987 il Commissario della Legge, dato atto che il signor Giovagnoli Guido aveva avanzato offerta di acquisto di un immobile intestato a Renzetti Dante, sito in Città di San Marino, per il prezzo di lire 400 milioni, accordò ad ogni interessato il perentorio termine di trenta giorni per avanzare offerte di acquisto dell'immobile predetto, a condizione che le somme offerte fossero pari o superiori al valore di stima determinato in lire 438.555.000=;
- 2) nel termine stabilito non venne avanzata nessuna offerta;
- 3) avverso il decreto commissariale la Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino interpose appello in data 4 marzo 1987;
- 4) il Giudice delle Appellazioni con sentenza 2 giugno 1987 accolse l'appello;
- 5) il Consiglio dei XII con decisione di terzo grado 11 ottobre 1988 dichiarò l'inappellabilità del decreto commissariale 28 gennaio 1987;
- 6) in data 2 dicembre 1988 i procuratori procedettero alla vendita al Giovagnoli dell'immobile di proprietà Renzetti per il prezzo di lire 400 milioni;
- 7) la Cassa di Risparmio pertanto era tenuta a risarcire il danno cagionato alla procedura determinato dal ritardo nell'incasso del prezzo di vendita dell'immobile.

Quanto sopra esposto i procuratori della procedura convennero avanti a questo Tribunale la Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino per sentirla condannare al pagamento di tutti i danni dalla procedura subiti, nell'entità da determinarsi in corso di causa. La parte convenuta si costituì in giudizio a mezzo di procuratore e richiese ed ottenne la proroga statutaria per rispondere ed eccepire. Nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi i documenti prodotti da ambedue le parti in causa; venne autorizzata la temporanea allegazione dei fascicoli delle cause civili nr. 242 e 265 dell'anno 1984; venne esaminato il teste dott. Giannoni Marino (nell'udienza del 27 settembre 1990). Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le finali allegazioni e sono addivenuti alla irrotulazione della causa. Il procuratore della parte attrice conclude richiedendo la condanna della convenuta Cassa di Risparmio al risarcimento dei danni determinati nella complessiva somma di £. 79.053.318=. Il procuratore della parte convenuta richiede che l'istanza attrice sia respinta in quanto totalmente infondata.

### DIRITTO

Nel diritto giustiniano il principio della separazione tra condanna alle spese del giudizio e condanna al risarcimento dei danni per lite temeraria è sancito in una costituzione dell'Imperatore Zenone, compresa nel Codice (7, 51, 5 pr.). La costituzione dispone infatti che, in caso di condanna, il Giudice se ritiene la lite temeraria ("si eum ad hoc partis eius, quae sumptum profudit, impudentia permoverit") può accrescere la somma

delle spese e sovrapporre un decimo (“reascendendi sumptum ad decimam usque partem eorum”). Tale decimo, come pena fiscale, andava di regola a favore dell’erario, a meno che il Giudice ritenesse opportuno assegnarlo alla parte vincitrice, in risarcimento dei danni patiti: “nisi forte iudex detrimentum partis victris sarcire volens, partem aliquam eorum ei adsignet”. Nel Medio Evo numerosi statuti, seguendo il disposto del Diritto Romano e Canonico, imponevano che la sentenza doveva pronunciare sulle spese del processo che andavano poste a carico del soccombente, dal quale il vincitore aveva la facoltà di ripetere quelle che aveva anticipato: “in qualibet causa victus expensas reficiat”. Disposizione analoga si trova nello Statuto sammarinese.

In merito al rapporto tra condanna alle spese e risarcimento dei danni autorevolmente si espresse il Giudice delle Appellazioni Civili prof. Giovanni Cassandro con la sentenza 24 luglio 1975, emessa nella causa nr. 18 dell’anno 1970. Affermò l’impareggiabile Giudice di secondo grado: “La questione del risarcimento dei danni va posta, viceversa, in relazione con l’altra della condanna alle spese. Si sa che sulla base di due passi del Digesto, anch’essi di Ulpiano (D. 5, 1, 79; D. 50, 5, 1, 1) si è disputato segnatamente nel secolo scorso, specie in Germania, dove il diritto comune era ancora diritto “attuale”, se la condanna alle spese fosse concepita come pena o come risarcimento dei danni imposto al “temerarius litigator, all’improbis litigator”, cioè al litigante doloso, ovvero se fosse da imporre al litigante colposo, ovvero dovesse colpire ogni soccombente come tale. E si disputò anche sul contenuto della condanna alle spese, e finì col prevalere l’opinione che quanto la condanna è semplice conseguenza della soccombenza il suo contenuto si limita alle sole “expensae”; qualora, viceversa, vuole colpire anche la “temeritas”, si estende anche ai “sumptus”, un concetto più vasto di “expensae”, o ai “damna”; e qui nasceva un nuovo problema per stabilire che cosa dovesse intendersi ricompreso nei “sumptus” e in che cosa consistesse il “damnum” risarcibile. Checcè sia di ciò, certa cosa è che i testi romani mantengono questa distinzione, accentuata dal fatto che nel caso la condanna alle spese fosse intesa come conseguenza pura e semplice della soccombenza, il giudice doveva di ufficio statuire sulle spese, laddove nel caso di condanna del litigante temerario, era necessario che il potere-dovere del giudice fosse sollecitato dalla parte.

Il diritto comune – almeno quello seicentesco e settecentesco – al quale va confrontato il diritto sammarinese, sembra ritenere che la condanna alle spese sia la sola conseguenza della lite temeraria, e, che, viceversa, la condanna alle spese abbia luogo solo nel caso di lite temeraria, quasi riassumesse il carattere anti di pena. Si veda ad esempio il Voet (Comm. ad Pandectas, lib. XLII, tit. I, par. 21): “denique partem ultimam sententiae fere semper facit definitio de impensis litis in quas plesumque temerarius litigator, sive actor, sive reus, dammandus est”. E il Richeri (Univ. civ. et crimin. iurispr., vol. IV, tit. XXXIX, par. 2396): “Expensas litis temerariae ferre debet is qui liti causam dedit, etenim poena suos auctores tenet alios”. Il diritto statutario sammarinese, viceversa, sembra che abbia adottato il principio che la condanna alle spese debba essere d’ufficio inflitta al soccombente. (Leges Statutae, II, 32), ma non è forse inattendibile l’interpretazione che anche per il diritto della Repubblica la condanna seguisse alla temerarietà, l’antica temeritas romana, della lite; se è esatto, come è esatto, che nell’ultima parte del secondo comma della rubrica richiamata si enuncia l’eccezione secondo la quale la condanna non può essere pronunciata nei confronti di chi abbia avuto una ragione legittima di intentare lite: “Nisi tamen ipse victus legitimam litigandi causam hanuerit”.

Tuttavia non può essere contestato che l'**usus fori sammarinese abbia interpretato e applicato la norma sulla condanna alle spese nel senso che questa deve essere inflitta di regola al vinto, per il solo fatto che è stato vinto, prescindendo, cioè dalla posizione soggettiva della parte.**

**La condanna al risarcimento dei danni si distingue nettamente, perciò, da quella alle spese del giudizio, ma presuppone la consapevolezza in chi agisce o in chi resiste di essere in torto, di comportarsi, cioè, con dolo o con colpa grave.** L'obbligo, in questi casi, del risarcimento nasce dai principi generali anche se qualche ordinamento, come quello italiano, lo pone esplicitamente nell'art. 370 del codice di procedura civile del 1865 e nell'art. 96 del codice attualmente in vigore. Nemmeno così, per altro, si è del tutto risolta la questione circa il rapporto tra comportamento temerario del litigante e i danni conseguenti: o, detto diversamente, quali danni possono essere posti in nesso di causalità con quel comportamento".

La decisione del Giudice delle Appellazioni (confermato dal Consiglio dei XII con decisione di terzo grado 25 febbraio 1976) è ovviamente più che esaurientemente motivata. Può solo aggiungersi che è di qualche interesse notare che mentre l'art. 205 del Codice sardo del 1859 permette la condanna del risarcimento dei danni in caso di lite "evidentemente ingiusta", il Codice di procedura civile italiano del 1865, al richiamato art. 370, richiede invece che "la lite sia temeraria". Tale differenza significa che non **basta l'ingiustizia di una lite a farla qualificare come temeraria, poiché, affinché la parte soccombente possa giustamente essere tenuta al risarcimento dei danni è necessario che sia in colpa, ed il semplice fatto di avere sostenuto una lite ingiusta non può costituirla in colpa, ben potendo avvenire che in buona fede essa la ritenesse giusta o, quantomeno dubbia.** A tale proposito la Cassazione di Torino con sentenza 21 marzo 1899 (Monitore dei Tribunali, anno 1899, Col. 569) affermò: "E' la temerarietà della lite che ai sensi dell'art. 370 cod. proc. civile può far sorgere l'obbligo del risarcimento del danno, e non incorrere perciò in tale obbligo chi inizia o sostiene un giudizio colla coscienza di avere ragione; né agisca con imprudenza o negligenza tali da equipararsi a colpa; benchè rimanga poscia soccombente. E' dunque opportuno a poter concludere sulla consistenza o meno dell'estremo della temerarietà si abbia a considerare la causa non solo obbiettivamente, o sia in ordine alle circostanze di fatto, ai motivi di diritto, che possono, o non, surrogare l'azione renderla o non fondata, ma ben anche in senso subiettivo coll'indagare se chi promosse o sostenne l'azione medesima possa ritenersi in colpa ai sensi di quanto fu sopra esposto; si quis ad iudicium provocat iure dolo malo, non videtur malem fecisse".

**Occorre pertanto che la causa ingiusta sia sostenuta con dolo o colpa e lungamente si discusse se sia necessario che questa sia grave, o se sia sufficiente anche la colpa leggera o leggerissima.** La dottrina sostiene che la colpa deve essere grave e questo concetto è stato accolto dalla giurisprudenza la quale, in sostanza, adotta la massima che lite temeraria è quella intrapresa e sostenuta o con la coscienza nel nessun diritto (dolo), o con estrema leggerezza ed imprudenza, dalla quale scaturisce la "culpa lata", che rende responsabili come il dolo, perché "in civilibus dolo aequiparatur". Occorre pure tenere presente il fine propostosi dalla parte nell'iniziare e sostenere il giudizio cosicché può dichiararsi temerario litigante "improbis litigator" colui che per spirito di vessazione trae altri in giudizio con il solo scopo non di vincere, ma di recare disturbo all'avversario. Si osserva in fine che la lite deve essere temeraria per se stessa, non già nelle forme nelle quali si

**svolge; non può pertanto definirsi temerario litigante chi, anche accampando una pretesa perlomeno dubbia, procede in modo irrituale adendo magistrati incompetenti, aggravando così di spese l'avversario.**

**Ultima considerazione da farsi è che i danni che possono formare oggetto della condanna al risarcimento non sono quelli derivanti dal fatto che diede origine alla causa, ma unicamente quelli che derivano dalla causa stessa, quelli cioè che la parte ha dovuto sopportare come conseguenza necessaria ed inevitabile del fatto di essere stata convenuta in giudizio.**

Stando così le cose, non ritiene questo Giudice che nel caso in esame ricorrano i presupposti della temerarietà e quindi della condanna del risarcimento del danno. Confermano innanzitutto tale convinzione la complessità e la novità delle questioni agitate dinanzi ai giudici di secondo e di terzo grado.

Non può infatti contestarsi in alcun modo l'interesse della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino ad agire a tutela del proprio interesse ove si consideri:

1) con sentenza passata in giudicato emessa il 19 maggio 1990 nella causa civile nr. 242 dell'anno 1984 è stato definitivamente accertato nella somma di lire 134.375.155= il credito insinuato dalla Cassa di Risparmio nella procedura di liquidazione dei beni di proprietà del signor Renzetti Dante;

2) il contestato decreto commissariale 28 gennaio 1987 venne emesso negli atti della causa civile nr. 265 dell'anno 1984 con il quale la procedura di liquidazione dei beni del Renzetti promosse azione revocatoria concorsuale per sentire dichiarare "inefficace e quindi di nessun effetto giuridico il contratto di locazione in data 18 novembre 1983, registrato il 19 dicembre 1983 al nr. 2785 Vol. 178 del Registro di formalità, per averlo le parti (Giovagnoli Guido e Renzetti Dante, rappresentato dal figlio Vincenzo) posto in essere in frode delle ragioni dei creditori del signor Renzetti Dante ed essendone derivato a questi un grave danno";

3) al fine di pervenire a transazione della vertenza il signor Giovagnoli Guido avanzò offerta di acquisto dell'immobile tenuto in locazione per il prezzo di lire 400 milioni inferiore al valore di stima determinato in £. 438.555.000=;

4) nella relazione redatta e giurata il 9 settembre 1986 il perito giudiziario ing. Marino Grandoni pervenne al predetto valore di stima in base alle considerazioni seguenti: "il valore complessivo dell'immobile risulta pari a lire 648.555.000=. Occorre considerare al fine di individuare l'effettivo valore di mercato dell'immobile, l'esistenza del contratto di locazione fino all'anno 2000 tra Renzetti Vincenzo e Giovagnoli Guido ... Pertanto occorrerà detrarre dal valore dell'immobile il mancato reddito fino all'anno 2000. Essendo noto al sottoscritto il livello degli affitti dei negozi turistici della zona, si ritiene equo per il negozio in oggetto, considerando superficie ed ubicazione, un affitto annuo pari a lire 15.000.000=. Pertanto considerando quattordici annualità risulta un mancato reddito pari a lire 15.000.000= x 14 = lire 210.000.000=. Detraendo dal valore di stima il mancato reddito risulta un valore effettivo pari a £. 438.555.000=";

5) affermò il Giudice delle Appellazioni nella sentenza 2 giugno 1987<sup>79</sup>: "trattandosi di cessione dei beni in occasione della quale è stata instaurata un'azione revocatoria, e di un compratore che è parte nel procedimento revocatorio, si finisce con l'instaurare una connessione che forse non è del tutto necessaria, e si presta a rendere più difficile far luce giuridica sui fatti";

---

<sup>79</sup> Edita in *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, pag. 371 s..

6) affermò a sua volta il Giureconsulto prof. Piergiorgio Peruzzi, autore del dotto ed autorevole parere integralmente recepito dal Consiglio dei XII nella decisione 11 ottobre 1988<sup>80</sup>: “consideriamo il mezzo di gravame proposto dalla Cassa di Risparmio nella sua qualità di creditrice e consideriamo inoltre gli effetti che la controversia potrebbe esplicare sulla procedura di concorso dei creditori ... A tutti i creditori, proprio in forza di questa loro qualità si deve infatti riconoscere la piena legittimazione a partecipare al contraddittorio in forza degli interessi vantati, e di non poterli escludere per nessuna ragione dall'esercizio di una legittima difesa dei propri diritti ... Il magistrato che è chiamato al governo degli atti esecutivi nei quali ottengono soddisfazione tutte le attese dei creditori – i diritti e nel fatto gli interessi – soddisfa anche un interesse pubblico o meglio un interesse dell'ordinamento giuridico in generale, che è quello della amministrazione della giustizia e che nella sua fase processuale particolare, che è la fase della esecuzione, coincidono naturalmente con gli interessi dei creditori”.

In base alle premesse considerazioni in fatto ed in diritto si perviene alla decisione di ritenere infondata l'istanza attrice e pertanto di respingerla.

La particolare natura della questione trattata e soprattutto motivi di equità inducono a dichiarare integralmente compensati tra le parti in causa gli onorari e le spese del giudizio.

#### 49.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 4 ottobre 1991.

Giorgetti Rita e Valentini Egidio (Avv. L. Bacciocchi) : Zonzini Luigi (Avv. A.S. Belluzzi) – Causa n. 259, anno 1984<sup>81</sup>.

#### **Servitù di passaggio – “Actio spoli” – Azione confessoria.**

*La reintegrando è azione provvisoria, il cui scopo è di reintegrare lo spogliato nel possesso della servitù, senza discutere se abbia o meno diritto al possesso stesso.*

*L'azione confessoria o petitoria è diretta a far confessare al proprietario l'esistenza di un diritto di servitù sulla cosa di sua proprietà.*

*L'onere della prova spetta all'attore, in quanto si presume sempre la libertà del fondo.*

#### FATTO

Con istanza avanzata in data 20 settembre 1984 i signori Giorgetti Rita ved. Valentini e Valentini Egidio esposero:

<sup>80</sup> Edita in *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, pag. 358 s..

<sup>81</sup> Riformata con la decisione di secondo grado del 2 marzo 1993; vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 12. La sentenza di secondo grado è stata confermata con la decisione di terzo grado del 28 giugno 1994; vedi Parte seconda, Sezione prima – Decisioni di terzo grado, n. 4.

1) nel 1911 fu costituita servitù di passo della larghezza di ml. due aderente al muro degli edifici di rispettiva proprietà, a favore dell'immobile attualmente di proprietà degli istanti ed a carico di quello attualmente di proprietà del signor Zonzini Luigi;

2) il signor Zonzini realizzò opere edilizie costituenti ostacolo all'esercizio della servitù di passo ed inoltre mantenne comportamenti tali da rendere difficoltoso l'esercizio del diritto vantato dagli attori.

Quanto sopra esposto Giorgetti Rita ved. Valentini e Valentini Egidio convennero il signor Zonzini Luigi avanti a questo Tribunale per sentirgli ordinare di porre fine agli inconvenienti lamentati dagli attori e per sentirlo condannare al pagamento di ogni danno da essi attori subito. Nell'udienza all'uopo fissata gli attori riprodussero l'istanza. Il convenuto si costituì in giudizio, a mezzo di procuratore, richiese ed ottenne la proroga statutaria per rispondere ed eccepire e, questa scaduta, dichiarò di non contestare il diritto di passo vantato dagli attori ma negò di aver compiuto turbative o apposto ostacoli. Nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi documenti prodotti da ambedue le parti in causa; venne eseguito accesso giudiziario sulla località; vennero esaminati i testi Tonelli Aurelia, Tonelli Guido, Taddei Luigia, Casadei Marino, geom. Guerra Rentato; venne esperito il giudiziale contraddittorio tra le parti in causa. Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto in atti le finali allegazioni. Il procuratore degli attori conclude richiedendo dichiararsi "che il diritto di passo degli attori va esercitato sul terreno del convenuto nello spazio di due metri dal muro esterno della sua abitazione", con condanna del convenuto alla rimozione delle opere abusivamente realizzate.

Il procuratore del convenuto chiede che l'istanza attrice sia respinta, in quanto destituita di ogni fondamento, ed inoltre "che sia identificata, in via definitiva, la servitù di passo così come proposto da Zonzini Luigi nella planimetria redatta dal geom. Guerra e allegata agli atti di causa".

## DIRITTO

Con il presente giudizio gli attori Giorgetti Rita ved. Valentini e Valentini Egidio richiedono la remissione in pristino stato della servitù di passo esistente a favore del fondo di loro proprietà ed a carico di quello del convenuto Zonzini Luigi, il cui esercizio dal convenuto stesso è stato ostacolato e comunque reso difficoltoso.

In via di principio, quando si è perduto il quasi possesso della servitù il diritto romano accorda una azione possessoria e cioè l'interdetto "unde vi" che, per la servitù di passo, è specificato come interdetto "de itinere actu-que privato" (Dig., 43, 19).

I principi di diritto romano sono stati, in tale materia, modificati dal celebre **canone "Reintegranda"**. In merito a tale canone autorevolmente affermò il Commissario della Legge Avv. Giacomo Ramoino nella sentenza di primo grado 30 giugno 1964 (Giur. Samm., anni 1964-69, pag. 244): **"Le disposizioni di tale canone furono generalmente seguite dal diritto comune e il Menochio** (De recuperanda possessione commentarii, Remed. XV, n.1) scrive "Pontificum constitutione plures sunt, quibus ad exemplum interdicti unde vi, et aliarum Caesarearum constitutionum, decieto et sua possessione spoliato succursum est; verum una haec (vale a dire il canone Reintegranda) citari semper solet. Hoc ergo canone, pinguius esset provisum et consultum spoliato ad suam recuperandam possessionem, affirmant omnes". **Nasceva così l'actio spolii, remedium spolii, l'azione di reintegrazione la quale aveva larghissima applicazione e si**

applicava a tutte le servitù (continue e discontinue: apparenti e non apparenti: affermative o negative) “reintegranda sunt omnia”. Questa azione richiedeva uno spoglio e cioè qualunque atto arbitrario con cui si toglieva il possesso contro la volontà del possessore (spoglio violento “vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit”: leg. 7, Dig. XLVIII, 7) o a sua insaputa (spoglio clandestino: legg. 3 e 5 Dig. quod vi aut clam. XLIII, 24). Lo scopo della reintegrazione venne riassunto nella massima “spoliatus ante omnia restituendus” e cioè con giudizio sommario (Leges Statutae, Lib. II, Rub. XLII e LIII); lo spogliato, senza discutere se abbia o meno diritto al possesso, deve essere reintegrato nel possesso stesso.

La reintegranda è, in sostanza, un’azione provvisoria perché, quando si tratta di stabilire se il diritto di servitù esista o meno, allora occorre fare ricorso all’azione confessoria la quale tende appunto a far riconoscere l’esistenza della servitù e a riammettere chi pretende di averla nel pieno godimento della medesima; tende, per ciò a far distruggere le eventuali opere che, contrarie alla servitù, siano state fatte: a far ristabilire le cose nel pristino stato ove siano state mutate a danno della servitù; a far rimuovere ogni ostacolo apposto all’esercizio della medesima o a far cessare ogni molestia (leg. 17, D., VIII, 4 – leg. 2, leg. 4, par. 5, leg. 4, par. 7, leg. 6, par. 5, leg. 7, leg. 8, par. 2 e 4, leg. 9, leg. 18, D., VII, 5). **Ha pure per oggetto il risarcimento di ogni danno che il titolare della servitù abbia sofferto in seguito alle lesioni apportate al suo diritto di servitù** (Inst., par. 2, IV, 6 – leg. 4, par. 2, leg. 6, par. 2 e 6, legge 7, Dig., VIII, 5). **Per contro il proprietario del fondo che vuol far riconoscere la sua proprietà, libera dalla servitù, deve esercitare l’azione negatoria.** L’azione confessoria richiede la dimostrazione da parte dell’attore, di due estremi e cioè: 1°) che il preteso diritto di servitù sia stato leso: e per lesione del diritto di servitù si intende ogni fatto che attenta o fa ostacolo al suo esercizio (leg. 9, D., VII, 5 – leg. 5, par. 6, D., VII, 6 – leg. 6, par. 1°, D., VIII, 5); 2°) che il diritto di servitù effettivamente esista (leg. 5, D., VIII, 6 – leg. 6, par. 3, D., VIII, 6).

L’esistenza della servitù di passo in favore degli attori non può essere, e non lo è dal convenuto, posta in dubbio. Essa è stata costituita con il Pubblico Atto rogato in data 20 aprile 1911 a ministero del Notaio Sammarinese avvocato Menetto Bonelli (N° 1827 di Repertorio – registrato il 27 maggio 1911 al Vol. XVII, Pag. 98, Cas. 313), esplicitamente riconosciuta e riconfermata nel Pubblico Atto rogato in data 3 dicembre 1957 a ministero del Notaio Sammarinese avvocato Settimio Belluzzi (N° 2371 di Repertorio – registrato il 20 dicembre 1957 al N° 2276 Vol. 91 del Registro di formalità). La costituzione pertanto è avvenuta mediante convenzione (atti pubblici regolarmente trascritti) e cioè in uno dei modi richiesti dalla Rub. XLII del Libro V delle Leges Statutae. Detta servitù deve intendersi quindi legalmente operante a tutti gli effetti di legge.

Principale tra tali effetti è quello che **il proprietario del fondo servente non possa eseguire né trasferimento né modificazione della servitù di sua privata autorità, ma debba procedervi in accordo con il proprietario del fondo dominante o, in caso di dissenso, ricorrendo all’Autorità Giudiziaria.**

Questa, in base al diritto romano comune, può autorizzare, in determinati casi, con le dovute cautele, con le opportune disposizioni, modifiche e trasferimenti solamente in casi eccezionali nei quali l’originario esercizio della servitù sia divenuto estremamente gravoso al proprietario del fondo servente.

Nel caso attuale gli attori non hanno dato il loro consenso alla modifica dell'originario tracciato del passaggio. In accoglimento di espressa istanza avanzata dagli attori, con decreto emesso nel corso del giudizio il 14 marzo 1986, al convenuto è stato ordinato di apporre coperture e protezioni provvisorie alle aperture da lui praticate su di un lato del passaggio al fine di eliminare ogni pericolo che potesse derivarne.

Sostiene il convenuto che gli attori hanno il diritto di esercitare la servitù di passaggio non sul suolo immediatamente adiacente al muro dell'edificio di proprietà di esso convenuto, ma su altro tratto di terreno distante circa metri 5 o 6 dall'edificio stesso.

Il tecnico di parte convenuta geom. Renato Guerra, nella testimonianza resa il 24 settembre 1987, ha dichiarato: "non ero a conoscenza di questa servitù; l'ho scoperta solo molti anni dopo; ho eseguito delle ricerche al catasto ma al catasto non risulta niente sulle planimetrie; diversi anni dopo è stato reperito un atto notarile del 1911 nel quale si fa riferimento ad un passo comune largo metri due vicino ai porcili. L'atto specifica che il passo è marcato in mappa ma ciò da me non è stato rilevato; il porcile è un piccolo vano distante 5 o 6 metri dal fabbricato, quindi se la servitù di passo si trovava nelle vicinanze del porcile risulterebbe distante dal corpo di fabbrica principale, esibisco i documenti a cui ho fatto riferimento".

(omissis)

A questo punto, non solo ai fini di completezza ma anche per dimostrare l'infondatezza di affermazioni fatte dal procuratore del convenuto nel corso del giudizio e nella memoria conclusionale, è opportuno ricordare:

**1) per costante giurisprudenza, il catasto indica ma non prova e per tanto l'intestazione catastale non costituisce che una semplice indicazione di proprietà.** In merito al catasto ed alla sua nuova formazione, avvenuta nel 1950, si richiama la fondamentale sentenza di primo grado emessa in data 22 giugno 1962 (in seguito costantemente confermata) nella causa civile nr. 171 dell'anno 1962 (Giur. Samm., anno 1965, pag. 163) con la quale è stato affermato: "occorre esaminare in quale rapporto stia la presente azione giudiziaria con le disposizioni dell'art. 1 della Legge 11 dicembre 1951 nr. 24 (pubblicazione del nuovo catasto) in quanto stabiliva:

a) un termine per reclamare contro i risultati del nuovo catasto;

b) una competenza speciale per i reclami (anche relativi alla intestazione) della Giunta a cui spettava la decisione definitiva. Anche per quanto riguarda il diritto sammarinese deve affermarsi la soluzione accolta nei diritti di altri stati (in applicazione di analoghe disposizioni) e cioè che le competenze speciali riguardano le operazioni tecniche ed amministrative ma non intaccano la competenza dell'Autorità Giudiziaria ordinaria per tutte le questioni che si riferiscono alla proprietà ed al possesso (anche se possano portare la variazione di intestazione). Del resto il decreto 20 aprile 1954 nr. 11 (norme per la conservazione del nuovo catasto dei terreni e dei fabbricati) ammette all'art. 2 ed all'art. 3 il diritto agli interessati di richiedere che sia "resa regolare" l'intestazione dei loro beni nel nuovo catasto per tutte le mutazioni di possesso che abbiano o non abbiano avuto effetto nel catasto cessato e, comunque, non siano state introdotte nel nuovo". Regolare è, pertanto, la presente procedura giudiziaria";

**2) nessuna giuridica influenza può essere attribuita alle autorizzazioni eventualmente concesse da autorità amministrative, con le quali sia stata data approvazione a progetti di lavori edilizi presentati dal convenuto, che in qualche modo producano alterazioni allo stato attuale della servitù di passo di cui si tratta;** deve infatti dichiararsi che l'autorità amministrativa non può, in questa materia,



surrogarsi all'Autorità Giudiziaria e che, dove agisca di imperio, come nel caso di espropriazione per causa di pubblica utilità, deve risarcire i danni che ne derivano alle proprietà private.

Posto così che il convenuto ha di suo arbitrio, senza il consenso dei proprietari del fondo dominante e senza autorizzazione debitamente emessa dall'Autorità Giudiziaria alterato e reso più difficoltoso il percorso di un passaggio sul quale è costituita regolare servitù in favore degli attori, in base ad atti pubblici regolarmente trascritti, ne deriva, come conseguenza, che il convenuto stesso deve essere condannato a rimettere le cose in pristino stato, eliminando in particolare le escavazioni effettuate in corrispondenza di accessi all'immobile di sua proprietà e rimuovendo ogni altro ostacolo frapposto al libero e pieno esercizio del diritto di passo spettante agli attori.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico del convenuto.

## 50.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 14 ottobre 1991.

Zavoli Roberto (Avv. G.L. Berti) : Vannucci Alberto (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 173, anno 1990.

### **Onore – Diritto della personalità – Condotta lesiva – Responsabilità civile – Risarcimento del danno.**

*Colui che lede l'onore di una persona incorre, oltre che nella sanzione penale, nella responsabilità civile, anche se il danno risentito dal soggetto passivo dell'illecito è soltanto di natura morale.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 4 giugno 1990 il signor Zavoli Roberto ha convenuto avanti a questo Tribunale il signor Vannucci Alberto per sentirlo condannare “alla rifazione dei danni morali e materiali provocati dalle azioni lesive risultanti dagli atti istruttori del procedimento penale citato (n. 1992/1987), con gli interessi sulle somme che saranno liquidate, eventuale rivalutazione da svalutazione monetaria e condannare altresì alle spese ed onorari di causa”.

Esponeva l'attore che con sentenza in data 25 novembre 1988 nel procedimento penale n. 1992 dell'anno 1987, parzialmente confermata con sentenza d'appello in data 24 marzo 1989, “perché è fatto salvo quanto attiene alla dichiarazione non doversi procedere per i reati estinti per prescrizione”, veniva accertata la duplice “azione di minaccia e di ingiuria” del convenuto ai danni dell'attore, il quale si vede costretto ad esperire la presente azione civile per ottenere il risarcimento dei danni derivanti allo stesso dalla condotta lesiva del convenuto, posto che la sentenza penale “non preclude

ma ammette espressamente l'azione per il risarcimento del danno e delle spese nella sede civile".

All'udienza fissata si costituiva il convenuto a mezzo di procuratore, ed eccepiva l'infondatezza della citazione, in quanto "sui fatti richiamati dall'attore non vi è stata decisione penale, essendosi il relativo procedimento concluso con l'archiviazione per intervenuta prescrizione. Non essendosi verificata pronuncia in ordine a tale aspetto, non può esservi pretesa per danni morali".

Nel corso dei rituali termini di prova veniva disposta la provvisoria allegazione degli atti di causa del fascicolo relativo al procedimento penale n. 1992 dell'anno 1987, venivano ammessi documenti e testi su istanza della procura attrice.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso "condannarsi il signor Vannucci Alberto al pagamento, verso Zavoli Roberto, a titolo di risarcimento dei danni descritti, della complessiva somma di L. 30.000.000=, con gli interessi, le spese e gli onorari, anche peritali, della presente causa, nonché con rivalutazione conseguente a svalutazione monetaria".

La procura convenuta ha invece così concluso: "tenuto conto della assenza di sentenze penali definitive che abbiano riconosciuto a carico del convenuto il dolo o la colpa necessari; tenuto anche conto che dagli atti della presente causa non è emerso, anche perché non prospettato, né prodotto, alcun elemento sufficiente a provare l'esistenza del danno per lo Zavoli; si chiede respingersi integralmente la citazione introduttiva del presente giudizio, con la decisione sulle spese di causa che appaia più appropriata al caso".

## DIRITTO

1. La procura attrice richiede, dunque, la condanna del convenuto al risarcimento dei danni derivanti dalla condotta lesiva - concretandosi in minacce ed ingiurie - posta in essere da questi nei confronti dell'attore.

Tale domanda è basata sugli atti del procedimento penale n. 1992 dell'anno 1987 - il cui fascicolo si trova allegato agli atti del presente giudizio - nel quale la parte attrice si è costituita parte civile.

Con sentenza in data 25 novembre 1988 il Commissario della Legge riteneva il signor Vannucci Alberto "responsabile dei reati ascritti", previsti e puniti dagli artt. 181 e 184 del vigente codice penale, e lo condannava "al pagamento delle spese processuali e di costituzione di parte civile, al risarcimento del danno da liquidare in separato giudizio".

Il Giudice d'Appello per le cause penali sommarie, con sentenza in data 24 maggio 1989, "in parziale riforma della sentenza del Commissario della Legge in data 25 novembre 1988", appellata dal signor Vannucci Alberto, dichiarava "di non doversi procedere nei suoi confronti per i reati ascrittigli, perché estinti per maturata prescrizione", e confermava "nel resto l'appellata sentenza".

E' opinione della procura attrice che "avendo due sentenze penali confermato la responsabilità del convenuto in ordine ai reati di minaccia ed ingiuria, *nulla quaestio* in ordine all'*an* di tale responsabilità. [...] I fatti descritti in istanza di citazione sono stati oggetto di giudizio penale con condanna in primo grado del convenuto Vannucci. Il proscioglimento per prescrizione del reato in appello non esclude la responsabilità civile del risarcimento ed infatti il Giudice d'Appello penale ha confermato nella sua sentenza

la condanna del convenuto al risarcimento del danno da liquidare in separato giudizio sancito dalla sentenza di primo grado”.

La procura convenuta, invece, eccepisce che “la vicenda giudiziaria penale, che ha preceduto la presente causa non ha definito i termini della questione, in quanto la sentenza d’appello ha dovuto semplicemente dare atto della intervenuta prescrizione del reato. La carenza di decisione penale, che abbia qualificato come reato i fatti messi in essere dal Vannucci, esclude che la parte che si pretende offesa abbia titolo per il risarcimento dei danni così detti morali. E’ noto infatti che per riconoscersi lesione alla sfera dell’onorabilità è indispensabile sia stata accertata la responsabilità penale di chi ha messo in atto il comportamento offensivo. Infatti può parlarsi di conseguenze dannose solo se nella opportuna sede viene accertata l’esistenza di un reato”.

In definitiva, la procura convenuta solleva due differenti eccezioni: a) la prima è relativa alla possibilità di esperire l’azione civile di risarcimento danni allorché vi sia stato un procedimento penale, nel corso del quale, per il medesimo fatto, sia stato dichiarato dal Giudice d’Appello il proscioglimento dell’imputato - già condannato in primo grado - per intervenuta prescrizione del reato; b) la seconda, che presuppone risolta affermativamente la prima eccezione, afferma invece alla possibilità per il giudice civile di pronunciare la condanna al risarcimento dei danni morali quando non vi sia stata condanna penale dell’imputato.

2. *Relativamente alla prima eccezione, giova richiamare la costante giurisprudenza sammarinese, che, sul punto, ha affermato: “la sentenza penale assolutoria non preclude l’esercizio dell’azione di risarcimento di danni in sede civile, tutte le volte in cui essa sentenza si sia conclusa con formula diversa da quella <<perché il fatto non <<sussiste>> o dall’altra <<che l’imputato non lo ha commesso>> o con l’altra ancora <<perché non vi è sufficiente prova circa la sussistenza o la commissione del fatto>> [...] Di conseguenza il fatto che nel giudizio penale non sia stata raggiunta la prova del dolo o della colpa dell’imputato, o che il reato si sia estinto e via di seguito, non può sbarrare il passo all’esercizio dell’azione civile in sede ordinaria, anche quando il titolare di questa si sia costituito parte civile nel processo penale” (Sentenza dell’Ecc.mo Giudice delle Appellazioni in data 14 febbraio 1974, Giur. Samm., 1970-80, p. 167 ss. Nello stesso senso si veda, fra le tante, anche la sentenza del Commissario della Legge in data 1 settembre 1962, in Giur. Samm., 1965, fasc. 2, p. 206 ss. Per l’applicazione dei principi sopra enunciati ad una fattispecie analoga alla presente cfr. la sentenza del Commissario della Legge in data 1 luglio 1991 nella causa civile n. 161 dell’anno 1986).* Le conclusioni sopra enunciate sono giustificate dalla giurisprudenza con il principio dell’unità della giurisprudenza e con il fatto che i requisiti perché si abbia responsabilità civile sono diversi da quelli perché si abbia responsabilità penale.

Di conseguenza, deve ritenersi legittimamente proposta dall’attore la presente azione civile di risarcimento dei danni.

D’altra parte, la sussistenza della condotta lesiva del convenuto in danno dell’attore, accertata dalla sentenza penale di primo grado, non è stata affatto posta in discussione dal Giudice di secondo grado, il quale precisa che: “si deve quindi pronunciare il proscioglimento dell’imputato; non risulta infatti già accertato che i comportamenti del Vannucci non costituiscano reato”. Ed infatti, ai sensi dell’art. 59 del codice penale la dichiarazione di estinzione del reato per maturata prescrizione non può avere luogo quando “risulti già accertato che il fatto non sussiste, che l’imputato non lo ha commesso

o che il fatto non costituisce reato”, dovendo il giudice in tali ipotesi “assolvere l'imputato con la formula prescritta”.

In definitiva, dunque, deve considerarsi proponibile la presente azione di risarcimento danni, ed accertata la condotta lesiva posta in essere dal convenuto ai danni dell'attore.

3. Con la seconda eccezione la procura convenuta sostiene - come detto - “che per riconoscersi una lesione alla sfera della onorabilità è indispensabile sia stata accertata la responsabilità penale di chi ha messo in atto il comportamento ritenuto offensivo. Infatti può parlarsi di conseguenze dannose solo se nella opportuna sede viene accertata l'esistenza di un reato”.

*Al riguardo occorre osservare che l'onore rientra tra i diritti della personalità che hanno per oggetto il modo di essere esclusivamente morale della persona, potendo essere giuridicamente definito come "la dignità personale riflessa nella considerazione dei terzi e nel sentimento della persona medesima. [...] Ogni aspetto, quindi, dell'onore riconducesi all'essere della persona umana: ed avere diritto all'onore sempre significa avere diritto ad un bene interiore a sé medesimo" (A. DE CUPIS, I diritti della personalità, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1959, p. 229 ss.).*

*E' indubbio che colui che lede l'onore di una persona incorre, oltre che in sanzioni penali, anche nella responsabilità civile, anche se nella maggior parte dei casi il danno risentito dal soggetto passivo dell'illecito è squisitamente di natura morale.*

*Secondo gli Autori del diritto comune l'ingiuria viene definita come "un oltraggio fatto ad altrui in onta al buon costume; sebbene paia doversi dire più propriamente ch'equivalga ad un atto commesso in dispregio di una persona libera, donde ne risulti leso con pravo intendimento il corpo, la dignità o la fama" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. XLVII, tit. X, n. 1. Cfr. anche, nello stesso senso, T.M. RICHERI, Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia, Lib. IV, tit. XL, n. 2792).*

*E' noto lo sviluppo storico del delitto privato di iniuria. Nell'antico diritto romano con il termine "iniuria" si designava esclusivamente la lesione personale; fu il pretore romano che estese il concetto di iniuria a varie specie di contumelie (vociferazione pubblica ad oltraggio di qualcuno, diffusione di dicerie che procurano nocumento al buon nome, ecc.), mediante l'inserimento nell'Editto di apposite clausole, attraverso l'interpretazione delle quali la giurisprudenza giunse definitivamente a considerare iniuria ogni lesione del diritto della personalità umana.*

*La dottrina del diritto comune, completando l'evoluzione dell'iniuria intrapresa dai giuristi romani fino a Giustiniano, pacificamente ritiene che costituisce iniuria anche la lesione dell'onore in sé, quando, ad esempio, sia attuata mediante insulti, posto che per essi "è ingiuria checchè sia detto o fatto per disonorare altrui" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. XLVII, tit. X, n. 8).*

*Colui che ha arrecato l'ingiuria è sempre tenuto al risarcimento dei danni: infatti, sulla base dell'actio iniuriarum - che è una azione civile - "fu permesso agl'ingiuriati l'apprezzare l'ingiuria mediante giuramento in lite, riferendone la stima non al tempo del giudizio, ma al tempo in cui fu recata l'ingiuria; affinché il giudice o condannasse il reo al pagamento della somma pretesa dall'attore od in una somma più modica, secondo che a lui parrebbe giusto; giacché aumenta o diminuisce tale estimazione secondo il grado di dignità e l'incensurata condotta di quello che ha recato la ingiuria e di quello che la soffre, e avuto riguardo altresì al luogo e al tempo in cui fu recata ed alla gravità dell'oltraggio in se stesso" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. XLVII, tit. X, n. 13).*

*Cfr. anche T.M. RICHERI, Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia, Lib. IV, tit. XL, nn. 2800 e 2801).*

*Tutto ciò suffraga la tesi che la lesione dell'onore assume rilevanza anche in sede civile, indipendentemente dalla condanna penale dell'agente, e che il danno può sussistere anche se non si sono verificate, in conseguenza dell'illecito, diminuzioni al patrimonio dell'offeso.*

*In ogni caso, nell'ordinamento sammarinese il risarcimento del danno morale è sempre ammesso in ipotesi di reato o di colpa extracontrattuale (si veda la sentenza del Commissario della Legge in data 21 maggio 1965, Giur. Samm., 1964-69, p. 275), essendo ormai consolidata l'opinione che il danno risarcibile "non è soltanto quello materiale, ma anche il morale, nel senso proprio di tale parola, cioè non solo il danno materiale indiretto, ma anche l'offesa e il dolore subiettivo" (Sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Civili in data 9 agosto 1914, in Giur. Samm., 1911-20, p. 22). E tali principi sono stati applicati dalla giurisprudenza sammarinese anche ai casi di lesione all'onore di una persona, quando vi sia stata dichiarazione di non doversi procedere nei confronti del danneggiante per i reati di ingiurie e minaccia essendosi verificata la prescrizione degli stessi (si veda la sentenza del Commissario della Legge in data 1 luglio 1991 nella causa civile n. 161 dell'anno 1986).*

Devono, di conseguenza, essere respinte entrambe le eccezioni sollevate dalla procura convenuta.

4. Accertata la sussistenza della condotta lesiva dell'onore del signor Zavoli Roberto posta in essere dal signor Vannucci Alberto, nonché la responsabilità civile di quest'ultimo, con conseguente obbligo al risarcimento del danno - anche morale - indipendentemente dalla esistenza della condanna penale (obbligo, peraltro, anche nella sentenza penale di primo grado, la quale non è stata riformata sul punto), si deve procedere alla quantificazione degli stessi.

La procura attrice, nelle finali allegazioni, afferma che "nella presente fattispecie non sussiste danno materiale, ma sussiste un evidente danno morale per l'attore Zavoli Roberto, artigiano che gode di ottima stima e reputazione".

La giurisprudenza sammarinese ha posto il principio - costantemente osservato - che **nella valutazione del danno morale "deve farsi riferimento alla sentimentalità del tipo normale, dell'uomo medio, più che alla sentimentalità, che può essere morbosa, del danneggiato; agli effetti morali che sogliono verificarsi, secondo l'id quod plerumque accidit, dell'atto illecito in quel determinato caso. Deve aversi riguardo alla entità della offesa, alle conseguenze che essa ha arrecato al danneggiato, alle condizioni di persona, di famiglia e di cittadino. [...] Deve, quindi, procedersi arbitratu boni viri e con quei criteri di estimazione presuntiva che sono dettati dalla pratica della vita e dalla comune esperienza, cercando di attribuire al danneggiato una somma di denaro la quale valga a procurargli una somma di utilità materiali approssimativamente idonee a compensare l'entità delle sofferenze morali subite"** (Sentenza del Commissario della Legge in data 14 marzo 1935, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 34 ss.).

Nel caso attuale, tenuto conto della natura dell'illecito, tale da creare preoccupazioni e patemi d'animo; della condizione della persona danneggiata (uno stimato artigiano); del fatto che l'offesa è stata arrecata alla presenza di terze persone, con le quali il danneggiato intrattiene normali relazioni d'affari, si reputa congruo liquidare il danno morale sofferto dal signor Zavoli Roberto nella somma di L. 4.000.000=.

5. In conclusione, il convenuto Vannucci Alberto deve essere condannato al pagamento in favore dell'attore Zavoli Roberto della somma di L. 4.000.000=, sulla quale vanno calcolati gli interessi al tasso legale dalla data del fatto illecito (24 giugno 1987) all'effettivo soddisfo, "dovendosi in ciò ritenere compreso l'indennizzo per danno da svalutazione monetaria nel frattempo intervenuta" (Sentenza del Commissario della Legge in data 18 febbraio 1991 nella causa civile n. 230 dell'anno 1985). Tali interessi, come è noto, sono rivolti a compensare il pregiudizio derivante al danneggiato creditore del ritardato conseguimento dell'equivalente pecuniario del danno subito e quindi costituiscono una componente del danno stesso, con la conseguenza che sono dovuti dal giorno in cui questo ebbe a prodursi.

Non va invece liquidata a parte alcuna somma a titolo di rivalutazione monetaria. Ciò in quanto le obbligazioni nascenti da fatto illecito configurano un debito di valore, nel senso che fino al momento della liquidazione, la somma dovuta non fissa nell'ammontare, bensì variabile, in quanto tale somma di denaro non è dovuta come un bene in sé, ma come valore di un altro bene. Solo con la liquidazione - effettuata dal giudicante considerando il valore, in quel momento, del bene - il debito diventa di valuta, e, come tale, è soggetto al principio nominalistico proprio delle obbligazioni pecuniarie. E' il giudicante, pertanto, che al momento della liquidazione deve tenere conto della svalutazione monetaria verificatasi dall'evento dannoso al pagamento.

Nel caso in esame questo giudicante ha provveduto in tal senso, essendo stata effettuata la liquidazione del danno morale sulla base dell'attuale potere d'acquisto della moneta. Sono poi stati riconosciuti gli interessi alla legale ragione dalla data del fatto illecito al saldo, al fine di indennizzare completamente il danneggiato dell'offesa subita.

6. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che si liquidano fino alla presente sentenza in L. 2.515.000=, vanno poste a carico della parte convenuta sulla base del principio della soccombenza.

## 51.

Commissario della Legge (Dotto. Francesco Viroli), 18 ottobre 1991.

Concorso giudiziale dei creditori dell'eredità dimessa da Giovanni Battista Bonelli (Avv. A.S. Belluzzi) : Procedura di liquidazione dei beni di Ridolfi Rosanna ved. Bonelli (Avv. G.M. Marcucci) – Causa n. 81, anno 1985.

### **Concorso dei creditori – Beni di proprietà della moglie del decotto – Presunzione muciana.**

*Il diritto comune ammette la presunzione muciana, secondo cui tutto ciò che la moglie possiede si intende comperato con denaro del marito, quando non sia provata la provenienza del bene, o della somma con la quale fu acquistato.*

---

FATTO

Con istanza avanzata in data 9 aprile 1985 l'avv. Alberto Settimio Belluzzi, quale procuratore incaricato dal curatore pro tempore del concorso giudiziale dei creditori dell'eredità morendo dimessa da Bonelli Giovanni Battista, espose:

- 1) successivamente al matrimonio i coniugi Bonelli Giovanni Battista e Ridolfi Rosanna acquistarono un immobile, sito in località Cerbaiola di questa Repubblica con un ampio appezzamento di terreno circostante;
- 2) l'acquisto avvenne esclusivamente con denaro proveniente dall'attività del Bonelli, anche se formalmente venne intestato in ragione di metà per ciascuno dei coniugi;
- 3) l'immobile pertanto doveva essere ricompreso per l'intero nella massa concorsuale dei creditori del Bonelli.

Quanto sopra esposto il concorso giudiziario del Bonelli convenne avanti a questo Tribunale la signora Ridolfi Rosanna ved. Bonelli per sentire dichiarare che la metà dell'immobile a lei intestata doveva essere acquisita alla massa attiva del concorso Bonelli. Richiese inoltre la parte attrice di diffidare la convenuta di procedere ad alienazioni o comunque disporre della quota di metà dell'immobile a lei intestata. Citazione e diffida vennero autorizzate. Nell'udienza all'uopo fissata la parte attrice riprodusse l'istanza. La convenuta si costituì in giudizio, a mezzo di procuratore, ed eccepì la propria legittimazione passiva per avere definitivamente rinunciato all'eredità del coniuge defunto e per avere ceduto tutti i propri beni ai creditori. La parte attrice dichiarò di ritenere influente l'eccezione proposta e di volere pertanto proseguire nel giudizio instaurato, ma insistendo la convenuta di doversi considerare estranea alla causa, con istanza avanzata in data 3 aprile 1986 convenne in giudizio il curatore della procedura di cessione dei beni della signora Ridolfi Rosanna.

Con decreti 9 e 24 giugno 1986 venne autorizzata la citazione e la signora Ridolfi Rosanna fu definitivamente estromessa dal giudizio, con condanna della parte attrice al pagamento di spese ed onorari. Costituitasi in giudizio la procedura convenuta, nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi documenti ed esaminati i testi Guerra Armando e Berardi Giuseppe. Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le finali allegazioni. Il procuratore della parte attrice conclude richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione che comporta l'attribuzione al curatore del concorso attore del libretto bancario contenente la somma ricavata dalla vendita dell'immobile di cui si tratta. Il procuratore della parte convenuta richiede che l'istanza attrice sia respinta dovendosi ritenere l'immobile di comune proprietà dei coniugi.

## DIRITTO

(omissis)

L'immobile di cui è causa venne acquistato dai coniugi Bonelli Giovanni Battista e Ridolfi Rosanna con pubblico atto rogato in data 18 settembre 1984 e pertanto esattamente un mese prima del decesso del Bonelli.

Con i decreti successivamente emessi dal Commissario della Legge, di seguito menzionati:

- 22 ottobre 1984: il signor Giuccioli Roberto venne nominato gestore per l'ordinaria amministrazione della ditta Cis Importex e curatore della procedura di accettazione dell'eredità Bonelli con il beneficio di inventario;

- 6 novembre 1984: il signor Giuccioli venne nominato curatore della procedura dell'eredità Bonelli, dichiarata giacente;
- 20 febbraio 1985: venne dichiarato aperto il giudiziale concorso tra i creditori dell'eredità morendo dismessa dal defunto Bonelli Giovanni Battista;
- 26 febbraio 1985: il signor Giuccioli venne esonerato dagli incarichi a lui conferiti;
- 12 giugno 1985: venne dichiarata aperta la procedura di liquidazione dei beni di proprietà della signora Ridolfi Rosanna ved. Bonelli conseguente alla cessione dei beni stessi da parte della debitrice ai creditori.

Sempre in via preliminare, deve dichiararsi che nella presente fattispecie non ha alcun rilievo e giuridico fondamento l'istituto della "communio incidens familiaris", del quale ampiamente tratta nella memoria conclusionale il procuratore della parte convenuta, tanto più in quanto è lo stesso procuratore ad affermare: "Naturalmente questo effetto essenziale della comunione, di rendere di proprietà comune ogni acquisto compiuto da uno dei partecipanti, benchè fatto in nome proprio, vale nei rapporti interni tra i familiari e non già rispetto ai terzi".

Trattando di materia concorsuale, l'unico istituto a cui deve farsi riferimento è la **presunzione Muciana**. Va infatti ricordato che la presunzione di Quinto Mucio, che trova base nel f.r. 51, Dig., 24, 1 e nella L. 6, 1, Cod., 5, 16, ha lo scopo di far rientrare nella massa concorsuale quanto sarebbe facilmente occultabile ad opera dei debitori. Fin da allora il guadagno del lavoro di una donna si concepiva solo come attivo patrimoniale in funzione ed ausilio del marito, a carico del quale gravavano gli oneri. Qualsiasi incremento patrimoniale trovava il proprio fondamento in un dono del coniuge, ad eccezione dei guadagni provenienti dall'esercizio di un mestiere illecito. Qualora la moglie possedesse un bene, senza poterne giustificare la provenienza la presunzione muciana poneva la giustificazione di una elargizione fatta dal marito in seguito fallito, da doversi calcolare nel di lui patrimonio.

Nell'abrogato codice di commercio italiano l'art. 742 riconnetteva alla presunzione muciana l'effetto dell'azione surrogatoria: l'esistenza di una frode da ricondurre all'art. 709, onde riportare giustamente i beni sottratti all'attivo patrimoniale. La presunzione muciana ha pure trovato riconoscimento, con notevole precisione concettuale, nell'art. 70 della legge fallimentare italiana 16 marzo 1942 nr. 267 che dispone: "i beni, che il coniuge del fallito ha acquistato a titolo oneroso nel quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, si presumono di fronte ai creditori, salvo prova contraria, acquistati con denaro del fallito e si considerano proprietà di lui".

Anche qui domina il principio del rispetto della "par condicio creditorum", che è interesse non solo meramente del singolo, ma pubblicistico, in quanto ricorre la tutela della collettività, nei rispettivi rapporti interindividuali. Il richiamato art. 70 della legge fallimentare italiana stabilisce una presunzione relativa, tale da consentire la prova contraria.

Di tali principi la giurisprudenza sammarinese ha fatto pacifica e costante applicazione in una serie notevole di decisioni di primo grado, tra le quali è sufficiente ricordare le seguenti:

- 4 settembre 1941 "Occorre, per altro, che la donna possa dimostrare – ove occorra – anche il titolo e l'origine dei beni allo scopo di distruggere la presunzione muciana di cui alla notissima legge 51 Digesto, Lib. XXIV, Tit. I De donationibus inter virum et uxorem. Secondo tale testo quando la donna non dimostra donde le sia pervenuto un qualche suo avere "undei ad mulierem quid pervenerit" si presume (la presunzione era



*iuris*: la giurisprudenza italiana, in mancanza di disposizioni legislative, la accolse come presunzione *hominis*) che le sia pervenuto dal marito “*existimari a viro ed eam pervenisse*” e ciò “*evitandi turpis quaestus gratia circa uxorem*”;

- 10 febbraio 1947: “Ritenuto che a favore dell’attore può essere richiamata la presunzione Muciana (L. Quintus Mucio, 51, Dig., De donationibus inter virum et uxorem) secondo la quale quando la donna non dimostrava donde le fosse pervenuto un qualche suo avere, unde ad mulierem quid pervenerit, si presumeva che le fosse pervenuto dal marito, *extimabatur a viro ad eam pervenisse*. Si discute se tale presunzione dovesse applicarsi nel diritto comune: lo nega il Voet (Ad Pandectas, lib. 24, Tit. I, nr. 16), lo afferma il Fabro (cod. de prob., lib. 4, tit. 14, def. 41, n.3). L’opinione dominante è quella indicata dal Richeri (Universa Jurisprudentia, lib. II, tit. VI, parag. 4493) “*certa regula statui non potest: cum immo a prudentis iudicis arbitrio pendeat definire, singulis adjunctis mature pensatis, utrum locur fiat praesumptioni a jureconsultis inductae: cum turpis questus suspicionem in honestis mulieribus vix admitti debeat*”. In definitiva, quindi, trattasi di accertare se la convenuta potesse disporre di capitale proprio per addivenire alla compera dell’immobile”;

- 6 maggio 1961: “Il diritto comune (e la legge fallimentare italiana: art. 70, legge 16 marzo 1942) ammette la presunzione Muciana (leg. 51, Digesto XXIV, I) secondo cui tutto ciò che la moglie possiede si intende comperato con denari del marito quando non sia provata la provenienza della cosa o del denaro con il quale fu comperata”;

- 2 agosto 1966: “Tale presunzione vige in tutta la sua estensione del diritto comune vigente a San Marino e in modo particolare in caso di presunzione *iuris tantum*, anche dall’art. 70 della legge fallimentare italiana e come presunzione assoluta, *iuris et de jure*, in procedure esecutive per imposte, sempre secondo la legge italiana).

Per tutti gli altri mobili, la presunzione muciana non risulta distrutta. Infatti a nulla rileva che le compere e i pagamenti siano stati fatti dall’attrice: che questa avesse un libretto della locale Cassa di Risparmio con la somma di lire ottocentomila in quanto doveva, invece, essere dimostrato, da dove il denaro era pervenuto e ciò per escludere ogni provenienza o diretta o indiretta dal marito. Parimenti a nulla rileva che la attrice tenesse pensione e avesse proventi per tale sua attività in quanto ciò avveniva in casa del marito al quale, come gravavano le spese necessarie, così dovevano profittare i guadagni”.

Afferma il procuratore della parte convenuta nella memoria conclusionale che la signora Ridolfi traeva proventi dall’esercizio della professione di insegnante, ma di tale asserzione non è stata fornita prova alcuna, documentale o testimoniale.

Guerra Armando, venditore dell’immobile di cui si tratta, nella testimonianza resa il 16 aprile 1986 ha dichiarato: “nel 1984 e circa due mesi prima della morte del Bonelli allo stesso ho venduto l’immobile di cui si tratta sito in località Cerbaiola, gli assegni in pagamento mi sono stati rilasciati esclusivamente dal Bonelli. Nessuna somma ho mai ricevuto dalla signora Ridolfi. Confermo che quella che mi viene esibita è la copia del pubblico atto rogato in data 18 settembre 1984 (Rep. N.1932) dal notaio sammarinese avv. Luigi Lonfernini con la quale io unitamente a mia madre Poggiali Italia abbiamo venduto per il prezzo di £. 250.000.000= il fabbricato ad uso di civile abitazione con agiamento sito in Parrocchia di Montegiardino, località Cerbaiola”.

Dalla testimonianza resa da Berardi Giuseppe reticente, confusa ed estremamente contraddittoria, l’unico elemento certo e confermato quale dato di fatto è che al momento della stipulazione dell’atto di compravendita dell’immobile la signora Ridolfi non era presente.

Non occorrerebbero a questo punto ulteriori argomentazioni per dichiarare la fondatezza dell'istanza attrice. Tuttavia, rammentando quanto già esposto all'inizio e cioè che l'acquisto dell'immobile e l'intestazione ad ambedue i coniugi sono avvenuti un mese prima della morte del Bonelli e quattro mesi prima dell'apertura del giudiziale concorso dei suoi creditori, deve affermarsi che anche nel caso presente è pienamente applicabile l'art. 3 della Legge 15 novembre 1917 nr. 17 nell'ultima parte in cui dispone: **“ogni alienazione, gratuita od onerosa dei beni ceduti posteriore all'apertura del concorso è nulla di pieno diritto; e se anteriore di un anno è pure nulla la alienazione gratuita; e se onerosa è inefficace per frode presunta ove danneggi le ragioni dei creditori”**.

**Tutti gli atti compiuti dal disestato durante il periodo sospetto, e cioè nel periodo anteriore di non oltre un anno all'apertura del concorso, sono dalla legge colpiti con la presunzione di frode. Tale presunzione è assoluta, iuris et de iure, per gli atti gratuiti. E' invece relativa, o iuris tantum, per gli atti onerosi che arrecano danno alla massa, essendo riservato al terzo di provare la sua buona fede.**

La dizione dell'art. 3 della legge sui concorsi, in quanto dispone che ogni alienazione è presunta in frode deve essere interpretata secondo il diritto comune. Afferma il Richeri che è alienazione non solo la **“libera alienatio”** o **“voluntaria venditio”** ma anche **“donatio voluntaria divisio”**. Nello stesso senso si esprime il De Luca. Il diritto comune inoltre disponeva la nullità di tutti gli atti compiuti nello stato prossimo al fallimento: **“inter decotum et esse proximum decoction in iure nulla adest differentia nullaue intercedit intereos distinctio”**.

In conclusione, l'immobile di cui è causa, benchè catastalmente intestato in ragione di un mezzo per ciascuno ai coniugi Bonelli Giovanni Battista e Ridolfi Rosanna deve ritenersi di esclusiva proprietà di Bonelli Giovanni Battista ed ora della massa attiva del concorso giudiziale dei creditori dell'eredità da lui morendo dismessa. Poiché nella more del giudizio l'immobile è stato alienato, entra a far parte della massa attiva concorsuale dell'eredità Bonelli la somma ricavata dalla vendita con i relativi interessi nel frattempo maturati.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a totale carico della convenuta.

## 52.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 24 ottobre 1991.

Battistini Silvana (Avv. G. Belluzzi) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. G.B. Busignani e L. Daniele) – Causa n. 28, anno 1990.

**Stato Civile – Rettificazione degli atti – Procedura – Cittadinanza sammarinese – Perdita per effetto del matrimonio con cittadino straniero – Reiscrizione – Termine perentorio – Decorrenza – Decadenza.**

*E' dalla legge attribuito al Tribunale Commissariale il potere di promuovere d'ufficio la rettificazione degli atti di stato civile.*

*Decorso il termine perentorio prescritto dall'art. 6 della Legge 27 marzo 1984 n. 32<sup>82</sup> la cittadina sammarinese, che ha perduto la cittadinanza di origine per effetto di matrimonio con cittadino straniero, decade dal diritto di essere riscritta nei registri di cittadinanza.*

---

(omissis)

### 53.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 28 ottobre 1991.

Braschi Stefania (Avv. V. Reffi) : Chiaruzzi Marino e Nazzareno (Avv. G.M. Marcucci)  
– Causa n. 164, anno 1986.

#### **Condominio – Innovazioni**

*Il diritto comune configura il condominio come communio pro diviso dei singoli piani di un edificio e pro indiviso delle parti necessariamente comuni.*

*Il principio dello ius prohibendi sussiste soltanto per le innovazioni concernenti le parti comuni pro indiviso.*

---

### FATTO

Con istanza avanzata in data 14 luglio 1986 la signora Braschi Stefania esponeva:

- 1) i convenuti avevano realizzato un'opera abusiva di chiusira a veranda di un balcone a tergo del loro negozio sito in Via Voltone della Città di San Marino;
- 2) la veranda abusiva era stata collegata al soprastante balcone di proprietà dell'attrice senza che questa avesse dato autorizzazione o prestato consenso alla realizzazione dell'opera;
- 3) di avere richiesto la rimozione dell'opera abusiva sia alla Commissione Tecnica, sia ai signori Chiaruzzi i quali si erano rifiutati di provvedervi;
- 4) l'istante si trovava pertanto costretta a tutelare i propri diritti per evitare costituzione di servitù, danni economici e diminuzione di valore dell'immobile di sua proprietà.

Quanto sopra esposto la signora Braschi Stefania conveniva avanti a questo Tribunale i signori Chiaruzzi Marino e Chiaruzzi Nazzareno per sentire dichiarare l'immediata rimozione della veranda abusiva e per ottenere la condanna dei convenuti al risarcimento di tutti i danni conseguenti all'abuso compiuto. Nell'udienza all'uopo fissata l'attrice riprodusse l'istanza. I convenuti si costituirono in giudizio, a mezzo di procuratore, richiesero ed ottennero la proroga statutaria per rispondere ed eccepire e, questa scaduta si opposero all'istanza attrice dichiarandola infondata. Nei rituali termini di prova e

---

<sup>82</sup> La Legge 27 marzo 1984 n. 32 è stata abrogata dalla Legge 30 novembre 2000 n. 114.

controprova vennero ammessi documenti prodotti da ambedue le parti in causa, venne autorizzata l'esecuzione di perizia giudiziaria, richiesta dalla parte attrice,, con la nomina di perito giudiziario al geom. Andreini Eliseo, la cui relazione fu allegata agli atti il 21 ottobre 1987; venne esaminata la teste avv. Palazzetti Maria Rita (nell'udienza del 22 dicembre 1988). Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le finali allegazioni. Il procuratore dell'attrice conclude richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione; il procuratore dei convenuti richiede che l'istanza attrice sia respinta in quanto destituita di ogni fondamento e non produttiva di danni per la parte attrice.

## DIRITTO

*Anche nel diritto comune è ardua la ricerca di una precisa ed espressa disciplina normativa, applicabile al condominio negli edifici. Il diritto romano infatti non conobbe la proprietà separata dei diversi piani di un edificio, cui ostava il principio tradizionale della accessione per inedificazione, enunciato da Ulpiano e dai giureconsulti con la nota formula "Semper superficiem solo cedere"; inoltre il regime giuridico del condominio o communio si ispirava alla norma fondamentale enunciata da Celso e riprodotta in una celebre legge di Ulpiano: "Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse; nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere" (Dig., Lib. XIII, Tit. VI, leg. 5, parag. 15).*

*Ciascun condomino era considerato titolare di una quota o parte ideale della proprietà sull'intera cosa comune indivisa ed il suo potere di godimento, anche rispetto alle innovazioni, trovava un limite solo nel jus prohibendi degli altri condomini, il cui rigore è posto in chiara evidenza da una legge di Papiniano: "Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse: unde manifestum est prohibendi jus esse, in re enim pari potiore causam esse prohibentis" (Dig., Lib. X, Tit. II, leg. 28). L'unico rimedio agli inconvenienti pratici ai quali dava luogo il regime della communio consisteva nella facoltà di chiedere, quando possibile, la divisione con l'actio communi dividundo.*

*La comproprietà degli edifici di abitazione non venne recepita o considerata dal diritto romano nemmeno in sede di formazione del Corpus Juris. Anche nel diritto giustiniano il regime del condominio, pur presentando una innegabile evoluzione, con la estensione dell'ambito del judicium communi dividundo per il regolamento dei rapporti interni dei condomini e con l'attenuazione dell'antico sistema del jus prohibendi, cui si sostituì il requisito del consenso preventivo degli altri condomini, non offrì tuttavia una nuova disciplina conveniente al condominio delle case. In particolare, per le innovazioni, non si affermò nemmeno il criterio di prevalenza della volontà della maior pars ma continuò ad essere richiesto il consenso unanime di tutti i condomini. Le fonti giuridiche giustiniane non considerano, in modo espresso, il condominio delle cose come oggetto di una speciale disciplina.*

*Una nuova disciplina, secondo principi normativi più aderenti alla struttura ed alle esigenze economiche e sociali di questo tipo di comproprietà, si ebbe soltanto ad opera della giurisprudenza medioevale, nel diritto statutario e comune. Accanto alla communio romana, che è sempre pro indiviso, ossia per quote o parti ideali, grazie allo spunto terminologico offerto da qualche legge del Digesto (basti qui ricordare Paolo,*

Dig. 50, 16, 25, 1, e Ulpiano, Dig. 8, 4, 6, 1) gli interpreti costruirono una diversa forma di condominio, configurata come proprietà separata per piani o appartamenti, di uno stesso edificio, che qualificarono *communio pro diviso*. Elemento caratteristico di questo nuovo tipo di condominio è la coesistenza della proprietà superficiaria esclusiva spettante a ciascun partecipante sul proprio piano o porzione di piano (alla quale si applicano i principii della superficie) con la comunione forzata su alcune parti dell'edificio non suscettibili di divisione, come il suolo, le fondazioni, ed altre parti necessariamente comuni. Rispetto ai muri maestri, esterni ed interni, è in astratto configurabile tanto un rapporto di comunione *pro indiviso*, cioè di vera e propria comunione, quanto un rapporto di appartenenza *pro diviso*, cioè di proprietà superficiaria separata, in senso orizzontale, piano per piano. Nel diritto statutario delle città italiane ricorrono sia la disciplina propria della *communio pro indiviso*, sia quella della *communio pro diviso*, la quale predominava nei territori dell'Italia centrale. Quest'ultima concezione fu accolta dalla giurisprudenza del diritto comune, configurando il condominio delle case come proprietà separata e distinta piano per piano, e ciò anche rispetto ai muri maestri, esterni ed interni, che pur costituendo la struttura dell'intero edificio, sono al tempo stesso parte integrante di ciascun piano o porzione di piano, come corpo a sé inconcepibile senza di essi, quale oggetto di una proprietà superficiaria esclusiva *pro diviso*. I numerosi autori (De Luca, Cepolla, Bertacchini, Sabelli ed altri) che trattano "*De quaestionibus occurrentibus inter dominos partis inferioris et partis superioris domus divisae per plura solaria vel appartamenti*", disciplinano i rapporti tra il "*dominus partis superioris*" ed il "*dominus partis inferioris*", rispetto agli oneri di manutenzione ed ai poteri di uso normale e di innovazione, considerando ciascuno come "*dominus suae partis*", in un regime di proprietà superficiaria distinta in senso orizzontale "*quia respectu domini partis superioris solarium est loco soli*".

Ne consegue che, in materia di innovazioni, non sempre è applicabile il principio romano del *jus prohibendi* o del consenso unanime di tutti i comproprietari. E' applicabile soltanto per le innovazioni concernenti le parti comuni *pro indiviso*; non è applicabile invece rispetto alle parti spettanti al singolo, nel suo piano ed a proprie spese, con l'unica condizione che esse non ledano il diritto degli altri partecipanti, proprietari dei piani inferiori o superiori o della porzione contigua dello stesso piano, e, in particolare, non rechino pregiudizio alla stabilità od alla sicurezza dell'edificio, non alterino il decorso e la struttura architettonica, non diminuiscano l'uso o godimento delle parti comuni anche per uno solo dei condomini. Posto che in un edificio a più piani ogni proprietario può fare, nel proprio piano, quanto ritiene più opportuno, ma ad una condizione essenziale e cioè di non recare danno ai proprietari delle altre parti dell'immobile, deve affermarsi che il principio di diritto (Paolo, leg. 151, Digesto, 50, 17) "*nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet*" (a cui si ricollega l'aforisma "*neminem laedit qui suo iure utitur*") deve essere inteso nei limiti posti da Ulpiano nel parag. 12 della leg. 24 del Digesto, de *damno infecto* (lib. 39, tit. 2) e cioè distinguendo tra la perdita di una semplice utilità o di un vantaggio, nessun indennizzo può essere reclamato (tranne i casi nell'esercizio del diritto per mero spirito di emulazione, *animus nocendi* o dell'offesa di una servitù regolarmente costituita per la conservazione della utilità o del vantaggio). Ma quando, con l'esercizio del proprio diritto di proprietà, si opera una vera e propria distruzione a carico di un altro proprietario, il diritto di questo ultimo ad ottenere conveniente riparazione rientra

*sempre nei limiti della più rigorosa giustizia: poiché in questo caso il concetto di colpa, in chi abusa del proprio diritto di proprietà in detrimento del diritto di proprietà, egualmente rispettabile, di un terzo emerge dall'opera stessa che ha dato causa al danno. Infatti la prevedibilità del danno è necessaria nella colpa contrattuale ma non in quella extracontrattuale; in questa il danno è risarcibile anche se impreveduto ed imprevedibile. Chi esegue lavori nella sua proprietà deve, pur essendo libero di eseguirli, osservare durante la esecuzione tutte quelle norme che la comune prudenza consiglia allo scopo di evitare danni a terzi. Se tale prudenza non è osservata, e cioè se si compie ciò che non era prudente compiere, si incorre in colpa, in responsabilità ex quasi delicto. Il diritto romano ammette il ristoro dei danni derivanti da quasi delitti solo mediante l'id quod interest e cioè solo mediante la prestazione pecuniaria. Il diritto comune segue: in via di massima, il diritto romano ma esclude, in via di eccezione ed in casi particolari, che possa essere ordinata la rimessione delle cose in pristino e sull'istanza dell'una o dell'altra parte la prestazione in forma specifica a meno che "ex causa magne difficultatis" o per altro motivo non si ritenga "de bono et aequo" disporre il risarcimento in denaro.*

In base alle premesse considerazioni, deve dichiararsi che la istanza attrice è infondata e che va pertanto respinta. Non è contestato infatti in primo luogo che la costruzione della veranda è stata approvata dalla maggioranza dei condomini nella assemblea condominiale tenutasi il 17 maggio 1985. In secondo luogo il perito giudiziario e il perito di parte convenuta hanno concordemente escluso che l'opera realizzata dai convenuti arrechi danni o pregiudizi di qualsiasi natura alla sovrastante proprietà dell'attrice. Il perito giudiziario geom. Andreini ha rilevato che i convenuti hanno realizzato sul retro dei negozi di loro proprietà "ed esattamente sulla terrazza esterna che guarda sulla via Palazzina, una chiusura a veranda con l'utilizzo di serramenti in alluminio tamponati da vetro per l'intera superficie della terrazza suindicata; detta struttura è stata innalzata fino alla quota di intradosso del superiore balcone, posto al primo piano, dell'appartamento di proprietà della signora Braschi Stefania, utilizzando il balcone stesso come parte di elemento di copertura per circa il cinquanta per cento della veranda stessa; mentre per la parte restante si è fatto uso di pannelli di lamiera coibentati ancorati dal frontalino del balcone ai montanti del telaio in alluminio".

Nella relazione redatta in data 13 ottobre 1987 il perito di parte convenuta geom. Novembrini ha affermato: "oggetto della presente relazione è un manufatto in struttura metallica e vetri del tipo smontabile, installato sulla terrazza dei signori Chiaruzzi fino a raggiungere la superficie sottostante della terrazza del primo piano della signora Braschi ... Dal punto di vista architettonico il prospetto previsto di questi manufatti metallici a vetri, si presenta in armonia al complesso edilizio di tutta la zona in quanto le strutture sono state installate a regola d'arte e di tipo adatto ai materiali ed alle rifiniture degli edifici di cui fanno parte; tale installazione non ha nessun motivo di peggiorare le facciate in quanto realizzate in maniera ordinata senza danneggiare le altre proprietà dei condomini e senza svalutare la loro proprietà ... Essendo fissata al pavimento delle terrazze di proprietà dei fratelli Chiaruzzi e al muro perimetrale delle terrazze stesse in elevazione per i loro negozi, la veranda in oggetto aderisce la soletta sottostante della terrazza di proprietà della signora Braschi, la quale soletta fa da soffitto solamente, funzione equivalente anche senza la veranda ... Ho progettato e quindi richiesto alla Commissione Tecnica Edilizia molte concessioni od autorizzazioni per l'installazione di

simili manufatti anche in ville o palazzine di due o tre unità immobiliari ... senza che questi abbiano influito sul valore commerciale dell'immobile".  
(omissis)

#### 54.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 28 ottobre 1991.

Ente Guardia d'Onore del Cuore Immacolato di Maria (Avv. G.L. Berti) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 159, anno 1983<sup>83</sup>.

#### **Proprietà – Espropriazione per pubblica utilità – Criteri – Indennità.**

*Il proprietario che, a seguito dell'espropriazione per pubblica utilità, subisce o la trasformazione, o la modificazione, o la privazione dell'immobile, non soltanto perde ciò che costituisce il valore intrinseco del fondo da lui posseduto, ma viene anche privato di quella attività patrimoniale che è esclusivamente dovuta ai suoi rapporti personali con l'immobile.*

*L'indennità quindi deve essere sempre costituita dalla somma dei due fattori, il primo reale od obbiettivo, il secondo personale o subiettivo.*

---

#### FATTO

Con istanze successivamente avanzate il 5 maggio 1983 ed il 23 marzo 1984 l'Ente Guardia d'Onore del Cuore Immacolato di Maria espone:

- 1) negli anni 1964-1965, in relazione alla proposta di erezione in territorio sammarinese dell'ente morale istante, intervennero accordi tra l'ente stesso e la pubblica amministrazione per consentire la realizzazione in località Valdragone di un'area unica, con indispensabili spazi di rispetto e di salvaguardia del decoro e della religiosità degli scopi, in cui erigere il complesso delle opere dell'ente medesimo;
- 2) la pubblica amministrazione intendeva ora non solo impedire la realizzazione di alcune costruzioni proprie della funzione dell'ente, ma anche procedere all'esproprio di un appezzamento di terreno di proprietà dell'ente per destinarlo ad area produttiva di Valdragone;
- 3) l'esproprio doveva ritenersi illegittimo e nullo per ragioni formali e sostanziali e produttivo di danni morali e materiali in quanto violava diritti acquisiti dall'ente;
- 4) con delibera 5 marzo 1984 il Congresso di Stato pronunciò l'espropriazione in favore dell'Ecc.ma Camera del terreno di proprietà dell'ente di mq. 1900 per il prezzo di lire 21.694.600=;

---

<sup>83</sup> Riformata con la decisione di secondo grado dell'8 novembre 1993; vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 25. La sentenza viene riportata nonostante il suo annullamento in quanto contiene analisi interessanti e fondanti in materia di espropriazione.

5) la stima di esproprio era errata in quanto non rispettava le prescrizioni di legge e l'indennizzo fissato era di gran lunga inferiore al reale valore dell'area espropriata. Quanto sopra esposto, l'Ente Guardia d'Onore del Cuore Immacolato di Maria convenne avanti a questo Tribunale l'Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino per sentire dichiarare:

- 1) l'illegittimità e la nullità dell'esproprio, operato in violazione di diritti acquisiti dall'ente attore e derivanti da precisi accordi con lo Stato;
- 2) il diritto di realizzare tutte le opere originariamente previste nel concordato programma dell'ente attore;
- 3) la condanna della convenuta Ecc.ma Camera al risarcimento dei danni di ogni natura dall'ente subiti;
- 4) l'erroneità della stima di esproprio e la determinazione dell'indennità dell'esproprio nella maggior somma da provarsi nel corso di causa.

Nelle udienze all'uopo fissate la parte attrice riprodusse le istanze introduttive del giudizio. La parte convenuta si costituì in giudizio a mezzo di procuratore e si oppose alle istanze attrici definendole irrituali ed infondate. Nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi documenti prodotti da ambedue le parti in causa; vennero esaminati i testi Berardi Marino, Giancecchi Pietro, Bigi Federico, Valli Francesco, Belluzzi Marino Benedetto; venne disposta perizia giudiziaria nominando perito l'arch. Ceccoli Renzo che depositò la propria scritta e giurata relazione allegata agli atti il 30 gennaio 1989. Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le finali allegazioni e sono addivenuti alla irrotulazione della causa. Il procuratore della parte attrice conclude richiedendo: 1) dichiararsi a carico dello Stato la violazione degli accordi e l'obbligo di riparare a tale violazione consentendo l'esecuzione delle opere concordate attribuendo all'ente attore un congruo risarcimento dei danni subiti; 2) determinarsi equo indennizzo per l'esproprio tenendo in particolare considerazione che la relazione peritale d'ufficio ha dimostrato che l'indennizzo stabilito dal Congresso di Stato in lire 21.694.600= era di oltre la metà inferiore ai danni provocati dall'esproprio. Il procuratore della convenuta Ecc.ma Camera richiede respingersi la richiesta iniziale e quindi dichiarare legittimo l'esproprio pronunciato nei confronti della parte attrice, riconoscendo equo e proporzionato l'indennizzo offerto dall'Ecc.ma Camera.

## DIRITTO

(omissis)

Occorre procedere ad approfondito esame dei principi fondamentali che regolano **l'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità.**

**Elemento fondamentale della teoria della espropriazione è la necessità od almeno l'utilità pubblica dell'opera che si vuole eseguire.** A questo proposito conviene osservare che l'interesse pubblico, dal quale o in nome del quale si esige la cessione della proprietà privata, ha per causa o la necessità o l'utilità od anche il semplice divertimento (come per impianti sportivi, stadi, parchi, zone verdi, ecc.). In un primo momento la costrizione del privato a cedere un suo fondo non poteva essere giustificata che dal primo elemento, cioè dalla sola necessità, ma questo estremo rigore si è col tempo piegato alle esigenze della realtà, poiché si è visto che non soltanto non è sempre possibile di tracciare una netta linea di separazione tra necessità e utilità ma importa



soprattutto, per favorire il pubblico benessere, di costruire opere pubbliche anche nei limiti della sola utilità. Per ciò è stato a ragione giudicato che il pubblico interesse è il solo fondamento legittimo del decreto che lo dichiara e conseguentemente, se esso manca, il provvedimento è illegittimo e si converte in un eccesso di potere.

**Accanto al criterio dell'utilità dell'opera deve porsi quello della necessità di servirsi del fondo privato per conseguire quello scopo.** Ciò perché non sempre l'utilità di un'opera già riconosciuta tale, importa come necessaria conseguenza, la necessità di espropriare l'una piuttosto che l'altra delle proprietà private. L'indicazione di queste ultime appartiene al procedimento esecutivo ed è lasciato alla discrezione del potere amministrativo, il quale per negligenza o per errore può credere necessaria l'espropriazione di un certo edificio o di un certo terreno per l'esecuzione di un'opera dichiarata di pubblica utilità, mentre può agevolmente dimostrarsi che l'opera stessa può costruirsi in altro luogo senza venir meno allo scopo che si vuole raggiungere. **Se la pubblica utilità, in vista del principio "quod omnibus communiter prodest, hoc privatae utilitati praeferendum", impone il sacrificio della proprietà privata, non è escluso tuttavia l'obbligo di procedere ad una serie di indagini e di prescrizioni che vadano a garantire ed assicurare il cittadino che il sacrificio della proprietà privata rimanga confinato negli stretti limiti della pura necessità.** Infatti anche ammettendo che lo Stato abbia il diritto di sopprimere una proprietà privata quando giudichi essere questa di impedimento per lo sviluppo delle attività della maggioranza dei cittadini, è incontestabile che l'espropriazione ha caratteri e fondamenti ben diversi da quei sacrifici che, come le imposte, sono imposti a tutti per conseguire un beneficio in favore di tutti mentre l'espropriazione è imposta ad un solo individuo. **Quindi i criteri che devono seguirsi per procedere ad una espropriazione devono attenersi alla fondamentale considerazione che lo Stato non deve mai occupare quel bene privato che si può altrimenti procurare e che lo Stato stesso, anche quando sia obbligato ad impossessarsi di un fondo privato, non può impossessarsi di più di quanto è strettamente indispensabile per il raggiungimento dei suoi fini.**

**Il pagamento dell'indennità costituisce il terzo principio fondamentale.** Anche qui altro criterio fondamentale è che la pubblica amministrazione ha il diritto di obbligare il privato a soffrire una modificazione, non già una diminuzione della sua proprietà; occorre pertanto tenere conto non soltanto del valore comune, abituale o venale dell'immobile al momento in cui la espropriazione si compie, ma anche di tutte le circostanze obiettive e subiettive che nel caso concreto concorrono ad aumentare od anche a diminuire il valore venale. E' sul fondamento di questa considerazione che le leggi positive non parlano di un prezzo, ma di un'indennità, la quale costituisce appunto l'insieme di tutto il pregiudizio cagionato dalla privazione della proprietà e può comprendere anche quello derivante dall'esecuzione dell'opera. Così l'indennità deve essere commisurata, oltrechè sul valore intrinseco ed attuale dell'immobile:

- 1) su ciò che si definisce "valore dell'avvenire", cioè sul valore maggiore che il fondo avrebbe acquistato certamente ed in breve se l'espropriazione non avesse avuto luogo;
- 2) su ciò che si definisce "valore di convenienza" e che risulta da rapporti speciali e personali fra il proprietario e l'immobile, in quanto quest'ultimo profitta al primo molto di più di quanto non può profittare ad altri;

3) **su quegli accessori che sono di natura tale da non potere essere adoperati altrimenti o altrove, o da non poter esserlo che imperfettamente o con perdita;**

4) **sul deprezzamento subito dal fondo residuo, nei casi di espropriazione parziale.**

L'operato della pubblica amministrazione può ledere il diritto del privato sia per la violazione delle norme prescritte, sia per la falsa applicazione dei criteri sanciti dal legislatore. Perciò quando le forme prescritte non siano state rigorosamente osservate si verifica la violazione del diritto privato e viene quindi ad essere giustificato l'intervento dell'autorità giudiziaria al fine di ristabilire l'equilibrio tra le esigenze del corpo sociale e la necessaria incolumità dei diritti privati che siano stati illegalmente menomati.

**Dottrina e giurisprudenza hanno sempre e concordemente confermato la massima che l'autorità giudiziaria è competente a giudicare della illegalità ed ingiustizia della procedura seguita dalla pubblica amministrazione negli atti di espropriazione in quanto la violazione delle norme abbia potuto produrre lesione dei diritti dei privati. A maggior ragione pertanto può denunciarsi all'autorità giudiziaria la falsa applicazione dei criteri adottati per la determinazione dell'indennità, quando ciò si traduca in una lesione di diritto privato.**

L'autorità giudiziaria, che in nessun caso potrebbe ordinare la distruzione dell'opera pubblica revocando così l'atto amministrativo, attrae nella sua sfera di azione il caso in cui l'atto stesso abbia avuto per effetto una ingiusta ed illecita diminuzione del patrimonio del privato; così il procedimento speciale seguito in linea amministrativa trova un complemento ed una garanzia nel procedimento giudiziario, che segue le forme ordinarie ed è ovviamente separato completamente e indipendente dal primo. Se dunque non può dubitarsi che il procedimento per giungere alla dichiarazione di pubblica utilità è essenzialmente amministrativo, e se è ugualmente amministrativo lo stadio in cui si procede all'accertamento delle perdite e dei danni da tradursi in una somma di denaro, è altrettanto certo che tutti gli appezzamenti che devono condurre alla valutazione di una giusta indennità rientrano nell'esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria.

Dal principio sopra esposto che l'espropriazione trasforma ma non sopprime né diminuisce la proprietà privata, si devono desumere tutti i criteri da seguire per pervenire alla determinazione della giusta indennità.

**Il concetto della trasformazione importa che la situazione patrimoniale dell'espropriato dopo l'espropriazione deve essere equivalente a quella da lui goduta prima della espropriazione stessa.** Questa nulla deve aggiungere o togliere alla somma delle utilità di cui l'espropriato è in possesso. Da ciò scaturisce la nozione economica del patrimonio che è l'insieme di quei valori che si possono tradurre in una somma di denaro e corrisponde a ciò che in Diritto Romano era chiamata "pecunia": Ermogeniano ed Ulpiano concordemente affermano: "pecunia nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora quam iura continentur" (Dig. 50, 16, 222).

Considerando questa definizione in rapporto al possesso di un immobile si evince che tutte le volte **in cui un proprietario subisce la privazione, egli non soltanto perde ciò che costituisce il valore intrinseco del fondo da lui posseduto, ma viene privato anche di quella attività patrimoniale che è esclusivamente dovuta ai suoi rapporti personali con l'immobile. L'indennità quindi deve essere sempre costituita dalla somma dei due fattori, il primo reale od obiettivo ed il secondo personale o subiettivo.**

**I danni personali, quelli che derivano “ex alia causa” del fondo ceduto e che perciò esorbitano da ciò che costituisce il giusto prezzo, sono risarcibili in equa misura.**

Questa opinione venne contestata in passato sulla base delle considerazioni che nella proprietà privata è sempre insita la condizione di dovere essere ceduta quando una necessità sociale lo impone, e che l'espropriazione è un fatto lecito e quindi non è suscettibile di generare responsabilità per danni personali. Ambedue le considerazioni sono destituite di fondamento. Infatti la prima considerazione non può essere invocata in materia di espropriazione, in cui tutto è disposto in maniera da togliere la proprietà a condizione di non apportare al proprietario danni di alcuna specie. Né vale affermare che i diritti dei privati devono cedere alle esigenze sociali, poiché se l'obbligo di corrispondere all'espropriato una indennità e di liquidarla in anticipo è la prova migliore che la legge tutela in maniera assoluta e completa la proprietà privata, non si comprende come non si deve osservare un eguale rispetto per la persona del proprietario, cioè per la sua libertà di cui la proprietà è una emanazione. Non vale neanche sostenere, per quanto riguarda la seconda considerazione, che l'espropriazione è un fatto lecito. Da questa premessa si può soltanto concludere che **nel fatto dell'espropriazione non vi è colpa aquiliana e quindi non vi è la responsabilità che vi si riferisce; ma il risarcimento del danno può ben essere compatibile con un fatto lecito, cioè anche un fatto permesso dalla legge, può arrecare ai privati dei danni che devono essere risarciti, sempre che la legge stessa non abbia espressamente escuso tale risarcimento. La giurisprudenza oggi prevalente ammette la rifazione dei danni speciali derivanti dall'opera di pubblica utilità, nella stessa maniera in cui è imposta la deduzione dalla indennità dei soli vantaggi speciali risultanti dalla esecuzione dell'opera medesima. Non è contestato che per danni speciali si intendono quelli che unicamente il fondo parzialmente espropriato risenta a causa delle sue speciali condizioni che lo distinguono dagli altri fondi vicini.**

In particolare si richiamano le sentenze di primo grado:

20 agosto 1932 (Giur. Samm., anni 1931-1932, pag. 80): “Anzi tutto bene ha fatto il perito giudiziale nel tener conto – stimando l'immobile prima e dopo l'occupazione – non solo del terreno ma anche della casa in esso situata. Infatti – per immobile nel senso dell'art. 23 della legge sulle espropriazioni (corrisponde all'art. 40 della Legge Italiana del 1865) non è già da intendersi quel singolo ritaglio di terreno che viene parzialmente espropriato, comunque designato con distinto numero mappale nelle tavole censuarie; ma sibbene quel complesso di terreno che per destinazione del proprietario, per ubicazione, per distribuzione di edificizi e per con simili ragioni, offra tale legame da costituire un solo tutto economico, sicchè il distacco o il deterioramento di una parte non possa andare disgiunto da uno svantaggio nel comodo e proficuo uso delle altre parti – (Sent. Corte Appello di Venezia 3 marzo 1876 e 26 agosto 1876 in Temi Veneta, 1876, pagg. 125 e 311 - Sabattini, Espropriazione per pubblica utilità, Vol. I, commento art. 40, pag. 551).

In secondo luogo il perito giudiziario ha seguito, nella stima, il procedimento logico e aritmetico voluto dalla legge.

Il perito extragiudiziale ha, invece, proceduto alla diretta stima della parte occupata il che non sempre conduce a risultato esatto dal punto di vista giuridico. Il Sabattini (l.c., pag. 553) scrive: “Né può revocarsi in dubbio che ove i periti si attenessero ad un sistema diverso, e, a mo' d'esempio, fondassero il loro giudizio sul valore della parte occupata, aggiungendo anche, se vuolsi, all'indennità così stabilita un tanto per la

deteriorazione delle altre parti, la perizia dovrebbe dichiararsi nulla, come quella che sarebbe affatto contraria all'imperativo disposto della stessa legge. E' questo un altro punto su cui la giurisprudenza si è sempre mostrata concorde e costante";

25 agosto 1934 (Giur. Samm., 1933-1934, pag. 124): "La regola che "non reca danno chi usi di un suo diritto" come è chiaramente spiegato dal paragrafo 12 della legge 24 del Digesto, de danno infecto (Lib. XXXIX, Tit. II) esclude la responsabilità solo nel caso che coll'esercizio dei diritti si privi altri di una semplice utilità o vantaggio, non già quanto si opera a danno di lui la effettiva diminuzione o distruzione di una attività patrimoniale (Cass. Roma 15 Gennaio 1894, Giurispr. Torin., XXXI, 244).

Resta, adunque, fermo che nei casi simili all'attuale può farsi richiamo sia alla colpa aquiliana sia all'art. 28 della Legge sulle espropriazioni a causa di pubblica utilità. Ma poiché "in toto jure, generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad apiciem directum est (L. 80, D., De reg. juris, 50, 17) e poiché l'opera di cui si tratta è stata dichiarata di pubblica utilità così si decide che debba essere applicata la disposizione della legge speciale, il cui scopo è appunto quello di contemperare le esigenze della pubblica utilità con quelle della inviolabilità dei diritti privati.

**L'art. 28 sopra richiamato dispone: "E' dovuta una indennità ai proprietari dei fondi, i quali della esecuzione dell'opera di pubblica utilità vengano a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto. La privazione di un utile, al quale il proprietario non avesse diritto, non può mai essere tenuto in calcolo nel determinare l'indennità". In base a tale articolo è da affermare:**

**"1) Che è risarcibile il danno ancorchè non volontario né colposo quando sia permanente e derivato dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto** (Cass. Roma 23 dicembre 1898 Corte Suprema, XXIII, 1, 405 – 5 dicembre 1932, Giurispr. Ital., 1, 1, 78);

**2) Che solo il danno reale deve essere risarcito e non anche la privazione di un utile (tranne il caso dell'offesa di una servitù regolarmente costituita per la conservazione dell'utilità) e ciò in piena applicazione della già accennata distinzione posta in evidenza dal giureconsulto romano;**

**3) Che il danno deve essere arrecato a un fondo e, quindi, ad un immobile rustico o (come nella fattispecie) urbano;**

**4) Che il danno deve essere permanente.** Sono danni permanenti quelli che rimangono o si producono oltre il compimento dell'opera pubblica come conseguenza di una definitiva perdita o diminuzione di un diritto, la quale rimarrà pur dopo che l'opera è stata compiuta. Sono danni transunti invece quelli che prodotti dai lavori di esecuzione dell'opera pubblica, non durano oltre il compimento dell'opera o di quella parte di essa alla cui esecuzione sono connessi;

**5) Che il danno deve consistere nella perdita o nella diminuzione di un diritto".**

Gli stessi, identici concetti sono sanciti dalla vigente legge sull'espropriazione 15 marzo 1980 nr. 18 che all'art. 23 secondo comma riconosce all'espropriato, in caso di indennità parziale, il diritto alla corresponsione di una indennità per il deprezzamento conseguente della parte residua, e che all'art. 24 dispone: "è dovuta una indennità ai proprietari dei fondi i quali dalla esecuzione delle opere di pubblica utilità vengano a soffrire un danno permanente dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto".

(omissis)

## 55.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 12 novembre 1991.

Mangani Leonardo (Avv. F. Ciacci) : A.A.S.P. (Avv. ti L. Daniele e R. Cesarini) – Causa n. 108, anno 1989.

**Credito – Cessione – Garanzia – Eccezioni opponibili – Sequestro: effetti in caso di cessione.**

*Il cedente un credito deve garantire al cessionario l'esistenza del credito al tempo della cessione.*

*Invece, in via di massima e senza speciale accordo, il cedente non è garante della solvenza del debitore. Il debitore, certior cactus della cessione, mediante la denunciatio, è in obbligo di pagare al cessionario.*

*Il debitore ceduto può opporre al cessionario le medesime eccezioni opponibili al cedente.*

*Essendo il sequestro contemporaneamente giudiziario e conservativo, può concedersi a chi ha, o pretende di avere, la proprietà di una cosa quando questa si trovi a mani di altra persona e corra il rischio di subire sottrazioni.*

---

FATTO

Con istanza avanzata in data 6 aprile 1989 il signor Mangani Leonardo espose:

1) in data 7 luglio 1988 il signor Giovagnoli Libero cedette all'istante il credito di lire 25.557.000= vantato nei confronti dell' Azienda Autonoma di Stato di Produzione di questa Repubblica;

2) la cessione del credito venne comunicata all'azienda debitrice una prima volta il 15 luglio 1988 ed una seconda volta il 12 agosto 1988;

3) l'azienda debitrice corrispose al Mangani la complessiva somma di lire 19.650.000= ma in seguito, adducendo l'esecuzione di un non meglio specificato "sequestro" rifiutò di versare all'istante la residua somma di £. 5.907.000=.

Quanto sopra esposto, il signor Mangani Leonardo convenne avanti a questo Tribunale l'Azienda Autonoma di Stato di Produzione per sentirla condannare al pagamento della predetta somma di lire 5.907.000=, dei relativi interessi, al risarcimento dei danni e al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio.

Nell'udienza all'uopo fissata l'attore riprodusse l'istanza. La parte convenuta si costituì in giudizio a mezzo di procuratori, richiese ed ottenne la proroga statutaria per rispondere ed eccepire e, questa scaduta, richiese che l'istanza attrice fosse respinta in quanto l'azienda convenuta non poteva sottrarsi all'esecuzione di sequestri conservativi ordinati dall'Autorità Giudiziaria. Nei termini probatori, reprobatori e di controprova, vennero ammessi documenti prodotti da ambedue le parti in causa. Trascorso il termine ad allegare, nell'udienza del 12 settembre 1991 i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le memorie conclusionali e sono addivenuti alla irrotulazione della causa. Il

procuratore dell'attore conclude richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione. I procuratori della parte convenuta richiedono che l'istanza attrice sia respinta in quanto infondata.

## DIRITTO

(omissis)

La comunicazione della cessione di credito è perfettamente valida e regolare.

Con sentenza di primo grado 7 novembre 1929 (Giur. Samm., 1929, pag. 17) venne autorevolmente affermato: **“La “denunciatio”, secondo il diritto comune, può farsi in qualsiasi momento, senza alcun rigoroso prestabilito modo e tanto dal cedente che dal cessionario.** Del resto, al di fuori dell'intimazione, può ripetersi nel diritto sammarinese quanto nel diritto italiano ha deciso la Cassazione di Roma con la sentenza 1° marzo 1887 (Temi Romana, 1887, col. 481) “sui rapporti fra cessionario e debitore la mancanza di notificazione non ha altro effetto che quello dichiarato dall'art. 1540 (il debitore è validamente liberato se ha pagato al cedente, prima che questi o il cessionario gli abbia notificato la cessione; confr. legge 3, Cod. De Novat.). Laonde il debitore ceduto che non abbia pagato il creditore, potrà se citato in giudizio dal cessionario, pretendere che questi gli dia esatta notizia della cessione, e così giustifichi la veste con cui si presenta, ma non che venga senz'altro respinto il giudizio”. E possano altresì ripetersi gli stessi concetti dalla detta Cassazione espressi nella sentenza 30 giugno 1876 (Foro Italiano, I, I, 931) “Quando il debitore ceduto che non ha pagato al cedente, né in altro modo si è liberato dall'obbligazione, viene citato in giudizio dal cessionario per il pagamento del debito, potrà bensì richiedere che il detto cessionario gli faccia conoscere, al fine di accertarsi se legittima sia la sua pretesa, e se pagando cessi ogni pericolo di future molestie, ma sarebbe assurdo che pretendesse la denuncia della cessione come condizione dell'esercizio del diritto del cessionario”.

**Sempre secondo il diritto comune, il cedente un credito deve sempre garantire al cessionario l'esistenza del credito (veritas nominis, garanzia nel diritto) al tempo della cessione, sebbene nessuna clausola speciale del contratto lo abbia costretto a questa obbligazione:** “si nomen sit distractum, Celsus lib. IX Digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere praestare: debitorem autem esse, praestare, nisi aliud convenit” (Dig., 18, 4, 4). **Invece, in via di massima e senza speciale accordo il cedente non è garante della eventuale solvenza del debitore.**

Ciò non ostante la domanda attrice è infondata e va pertanto respinta.

Infatti, per quanto riguarda il regime delle eccezioni, il principio generale è che **il debitore ceduto, attuando la cessione il subingresso del cessionario nella stessa posizione giuridica del cedente, può opporre al primo le stesse eccezioni opponibili al secondo siano tali eccezioni dirette contro la validità dell'originario rapporto (nullità, annullabilità), siano dirette a far valere l'estinzione del credito (pagamento, prescrizione), eventualmente avvenuta anche dopo il trasferimento di esso, ma prima che il debitore ne abbia avuto comunque conoscenza, siano infine tese a far rilevare una diversa modalità inerente al rapporto sostanziale da cui il credito ceduto trae origine.** Pertanto i due principi sui quali trovano composizione gli interessi contrapposti sono i seguenti: da un lato la cessione non deve pregiudicare in alcun modo la posizione del debitore ceduto, in quanto la cessione è avvenuta senza e talvolta contro la sua volontà. Dall'altro lato, una volta acquisita

**la notizia dell'avvenuta cessione, il debitore ceduto non può modificare la propria posizione nei confronti del cessionario, e ciò mediante negozi giuridici posti in essere con il creditore originario.**

Nel caso di specie, il debitore ceduto ha opposto al cessionario la stessa eccezione che doveva opporre al cedente. Con decreti tutti emessi il 27 luglio 1988 dal Giudice Conciliatore, nelle cause civili nr. 57 e 58 dell'anno 1988 (promosse da Menghini Domenico contro Giovagnoli Libero) nonché nelle procedure riunite di Mano Regia promosse dall'Ufficio del Registro e Ipoteche di questa Repubblica contro Giovagnoli Libero) venne autorizzato il sequestro conservativo del credito vantato dal Giovagnoli Libero nei confronti dell'Azienda Autonoma di Stato di Produzione. Il sequestro avvenne regolarmente eseguito dall'Ufficio Cursorile il successivo 29 luglio 1988.

Premesso che, nel diritto sammarinese, il sequestro conservativo è stato in pratica accolto in conformità di quanto disponeva il diritto comune (le norme di uso sono state raccolte, in particolare nella legge 10 dicembre 1884 sulle controversie avanti il Giudice Conciliatore) in merito alla natura ed ai giuridici effetti del sequestro scrisse il Giannini: "secondo la consuetudine osservata in Repubblica, il sequestro non è propriamente una misura eccezionale, una cautela fondata sul pericolo del ritardo, nel senso che l'oggetto può deperire, o le condizioni del debitore vanno peggiorando; ma invece è diretto ad assicurare un diritto di prelazione al creditore che difetta di un titolo liquido e regolare, in forza del quale possa dare corso ad un procedimento esecutivo o strumentale ... Trattasi dunque di una esecuzione forzata anticipata; per la sentenza che condanna al pagamento, che assicura un privilegio al creditore sequestrante rispetto a tutti gli altri creditori, eccetto che rispetto a quelli che prima della conferma avessero domandato anch'essi un sequestro sui medesimi beni, o su essi beni proceduta ad una esecuzione forzata. Allora, fra tutti costoro, si apre il concorso. Il privilegio, come conseguenza del sequestro, per quanto poco frequente, non è cosa del tutto nuova: esso fu ad esempio, garantito per un lungo periodo di tempo dalla legislazione statutaria della Repubblica Veneta" (Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese, seconda edizione, Repubblica di San Marino, 1967).

Può solo aggiungersi:

**1) l'azione per la rivendicazione dei propri beni sequestrati da altri deve essere avanzata unicamente dal preteso proprietario e può costituire un giudizio a sé stante per il quale si può procedere con il rito sommario, quantunque il caso non rientri in quello preveduto dalla Rub. VII del libro II delle Leges Statutae;**

**2) l'esistenza di privilegio non toglie la possibilità di eseguire un sequestro sulle cose privilegiate: anzi il sequestro è l'unico mezzo con il quale si possono fermare le cose mobili sul quale cade il privilegio; inoltre, essendo il sequestro, secondo il diritto e la consuetudine sammarinesi, contemporaneamente giudiziario e conservativo, può concedersi a chi ha, o pretenda di avere, la proprietà di una cosa quando questa si trovi a mani di altra persona e corra il rischio di subire sottrazioni;** vi sono infine autori che ammettono lo stesso sequestro conservativo sulle cose proprie del sequestrante. In conclusione, l'attore, immediatamente dopo aver avuto conoscenza del sequestro eseguito sul credito a lui ceduto, doveva farsi parte diligente ed esperire ogni opportuna azione che ritenesse idonea nel proprio interesse; se ciò non ha fatto deve imputare unicamente a sè stesso la propria negligenza ed inattività.

E' semplice conseguenza di ciò dichiarare che la convenuta Azienda Autonoma di Stato di Produzione di questa Repubblica deve ritenersi esente da ogni inadempienza e da qualsiasi responsabilità.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico dell'attore.

## 56.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 25 novembre 1991.

S.V., C.S., C.A. (Avv. P.L. Bacciocchi) : Istituto per la Sicurezza Sociale (Avv. R. Bonelli) – Cause riunite n. 119, 120 e 127, anno 1984.

### **Servizio socio-sanitario – Pagamento retta mensile per soggetti portatori di handicap – Obbligo – Insussistenza.**

*Non sussiste, poiché illegittimo, l'obbligo del pagamento della retta mensile per i soggetti portatori di handicap ospitati nel Centro di Educazione Psicomotoria.*

---

## FATTO E DIRITTO

Con istanze avanzate in data 29 marzo e 5 aprile 1984 i signori S.V., C.S., C.A. esposero:

1) l'Istituto per la Sicurezza Sociale richiese agli istanti di versare ingenti somme in conto retta per il mantenimento a convitto intero delle rispettive minori figlie presso il Centro Educazione Psicomotoria, con riserva di percepire le maggiori somme da richiedersi in futuro per i successivi periodi di permanenza delle figlie presso il Centro suddetto;

2) l'Istituto per la Sicurezza Sociale provvide a trattenere, sempre in conto retta, l'intero importo delle pensioni di invalidità civile erogate alle minori figlie;

3) con delibera emessa il 23 gennaio 1984 la Commissione Esecutiva dell'Istituto respinse senza motivazione alcuna il ricorso avanzato dagli istanti di essere esonerati dal pagamento della richiesta retta.

Ritenendo illegittime le pretese dell'Istituto e la delibera della Commissione in data 23 gennaio 1984, nonché quelle connesse, gli attori convennero avanti a questo Tribunale l'Istituto per la Sicurezza Sociale per sentire: 1) dichiarare che in base alle leggi vigenti nulla era dovuto dagli istanti per il mantenimento a convitto intero delle minori figlie presso il Centro di Educazione Psicomotoria; 2) condannare il convenuto Istituto alla restituzione delle somme indebitamente trattenute oltre la metà dell'importo delle pensioni erogate alle minori figlie.

In via preliminare, nella memoria conclusionale, il procuratore della parte convenuta eccepisce, senza tuttavia insistervi in modo particolare, l'incompetenza per materia dell'autorità giudiziaria ordinaria, sostenendo sussistere quella del Giudice Amministrativo. L'eccezione è infondata. Deve rilevarsi infatti che nella seduta del 26 agosto 1982 il Congresso di Stato, laconicamente ed esclusivamente "prende atto" del



regolamento per la gestione economica del Centro di Educazione Psicomotoria e pertanto senza l'adozione di alcun provvedimento avverso al quale è esperibile il ricorso al giudice degli interessi. Discende da ciò che correttamente gli attori, ai sensi dell'art. 56 della Legge 22 dicembre 1955 nr. 42, impugnano avanti alla Magistratura ordinaria la delibera della Commissione Esecutiva emessa il 23 gennaio 1984 che in applicazione di quel regolamento, respinge il ricorso proposto dagli attori stessi.

Particolare rilievo deve essere attribuito alle norme seguenti:

1) l'art. 6 secondo comma nr. 1 della Legge 3 maggio 1977 nr. 21 dispone che presso il Centro di Rieducazione Psicomotoria vengono assistiti i minori "che per gravi handicaps psico-fisici non possono inserirsi nell'ambito della scuola normale o in ambiente di lavoro ed inoltre abbisognano di continue tecniche riabilitative quali fisioterapia, logoterapia, didattica speciale";

2) l'art. 12 della stesa Legge nr. 21 dell'anno 1977 prescrive che al finanziamento degli oneri derivanti dalla legge si provvederà mediante un contributo dello Stato pari all'ottanta per cento del costo derivante dal bilancio consultivo delle attività del settore mentre il restante 20% è a carico dell'Istituto per la Sicurezza Sociale "in quanto prestazioni sanitarie";

3) l'art. 1 della Legge 28 febbraio 1984 nr. 23 ha modificato il predetto art. 12 della Legge nr. 21 dell'anno 1977 ponendo a totale carico dell'Istituto per la Sicurezza Sociale il finanziamento del servizio socio-sanitario ed i relativi costi di gestione;

4) l'art. 78 settimo comma della Legge 11 febbraio 1983 nr. 15 dispone che la pensione di invalidità civile "è ridotta al 50% nei confronti di colui che è ricoverato a carico dell'Istituto per la Sicurezza Sociale in istituti di riabilitazione o di cura per un periodo non inferiore a giorni trenta; in questo ultimo caso la riduzione ha luogo a partire dal trentunesimo giorno e per la durata del ricovero".

Il regolamento per la gestione economica del Centro Educazione Psicomotoria, che prevede l'antigiuridico ed immorale allontanamento dei minori ospitati nei casi nei quali le loro famiglie non provvedano al versamento degli istituti contributo mensa giornaliero, contributo mensile calcolato in base al reddito, trattenuta totale di pensioni o sussidi, venne formulato dalla Commissione dell'I.S.S. in base all'art. 6 primo comma della Legge 3 maggio 1977 nr. 21, nel quale invece di tale regolamento e del potere di quella o di altra Commissione dell'Istituto di emetterlo non vi è traccia alcuna.

Non solo in quella norma ma **in tutta l'intera legislazione in materia non si trova concesso all'Istituto il potere di imporre contributi straordinari per l'assistenza presso istituti di cura e di ricovero esistenti nel territorio della Repubblica. Richiamato pertanto il principio fondamentale, sancito dall'art. 13 ultimo comma della Legge 8 luglio 1974 nr. 59, che "nessuna prestazione patrimoniale o personale può essere imposta se non dalla legge", deve dichiararsi che il regolamento e le connesse delibere delle Commissioni dell'I.S.S. sono viziati da nullità radicale ed insanabile:**

**1) per violazione di legge;**

**2) per eccesso di potere;**

**3) per violazione dei principi fondamentali che ispirano il vigente sistema di sicurezza sociale.**

**La nozione di violazione di legge, in senso stretto, abbraccia i vizi del contenuto, del procedimento e delle forme di per sé più rilevanti dell'atto o che la legge, anche indirettamente, considera tali, avendo essi influenza sul procedimento logico**

**dell'atto.** Il vizio deve provenire da un contrasto dell'atto amministrativo con una norma giuridica esterna. Detto contrasto si attua tanto nell'ipotesi di mancata attuazione della legge (il ch  si verifica allorch  l'autorit  amministrativa abbia disapplicato una norma, sia per averne ignorato l'esistenza, sia per averla interpretata in modo da attribuirle un significato diverso da quello effettivo), quanto nell'ipotesi di falsa o erronea applicazione della legge (il ch  pu  accadere allorch  l'autorit  amministrativa, pur avendo correttamente interpretato la norma, ne abbia fatto applicazione a casi da essa norma non previsti n  regolati), quanto infine nell'ipotesi di applicazione di una norma esistente e rettamente intesa ad una fattispecie che vi rientra perch  malamente accertata. Il vizio di violazione di legge si ha solitamente negli atti vincolati, nei quali l'amministrazione pubblica trova compiutamente delineato dalle norme l'ambito della propria attivit , ma pu  verificarsi anche nel settore degli atti discrezionali, in ordine ai quali il vizio pu  dirsi ristretto ai casi della violazione dei limiti entro i quali la discrezionalità deve essere contenuta.

**Si ha eccesso di potere:** 1) se i fatti, sulla base dei quali il provvedimento   stato emanato, sono in contraddizione con la realt  delle cose, quali risultano dagli atti (travisamento dei fatti); 2) quando l'atto amministrativo sia stato emanato senza l'esistenza di tutti gli atti anteriori che la legge prescrive per l'emanazione di quell'atto; 3) se nel provvedimento manca il nesso logico tra le premesse e le conseguenze, cio  se vi   contraddizione tra il dispositivo dell'atto ed i motivi in esso adottati a giustificazione del medesimo; 4) se il motivo dell'atto   illegittimo, in quanto   contrario al diritto; 5) quando l'autorit  amministrativa fa uso del suo potere in casi e per fini diversi da quelli voluti dalla legge.

Il cumulo del versamento dei contributi dalla legge prescritti, della ritenuta dell'intera pensione, del preteso pagamento della retta mensile, violano, come gi  si   premesso, i principi fondamentali del vigente sistema di sicurezza sociale sammarinese.

(omissis)

Almeno formalmente, il benessere dei consociati   fine inerente all'essenza della comunit  statuale. Dallo strumento rudimentale ed insufficiente della beneficenza pubblica si   giunti dapprima all'assistenza e alla previdenza sociale; l'assistenza intesa come intervento grazioso dello Stato a favore dei bisognosi; la previdenza intesa come espressione di una solidariet  che si realizza tra lavoratori e datori di lavoro attraverso le assicurazioni sociali e secondo schemi mutualistici. Infine l'ulteriore tappa di questa evoluzione si ha quando lo Stato considera come suo fine fondamentale quello di realizzare la garanzia del minimo di sostentamento per ogni cittadino. Lo Stato non si propone pi  di perseguire il mantenimento di un certo ordine sociale e cessa, al tempo stesso, di essere l'arbitro, il mediatore di interessi meramente individuali o di gruppi, ma assume la veste del protagonista e realizzando la libert  del bisogno dei cittadini, persegue in modo diretto e immediato un interesse che   di tutta la collettivit .

**Se l'ultima tappa dell'evoluzione qui sommariamente delineata corrisponde all'attuazione dell'idea della sicurezza sociale, il significato di quest'ultima sta tutto nell'assunzione, da parte di tutta la collettivit  organizzata nello Stato, del compito di garantire a tutti i cittadini la libert  dal bisogno, intesa come condizione necessaria per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici. Corrispondentemente la tutela a questo fine predisposta non pu  essere limitata ai lavoratori subordinati e neanche ai lavoratori in genere ma deve estendersi a tutti i cittadini.**

Questa idea della sicurezza sociale è stata accolta nell'ordinamento giuridico sammarinese. Questa affermazione trova precisa conferma nella disposizione contenuta nell'art. 9 secondo comma della legge 8 luglio 1974 nr. 59. La norma riconosce il diritto fondamentale di tutti i cittadini alla tutela della salute considerata al tempo stesso come un interesse di tutta la collettività.

E' quindi riconosciuto a tutti i cittadini, inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere, il diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale ed ai lavoratori il diritto a che siano provveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita al verificarsi di quegli eventi che menomano o riducono la loro capacità lavorativa. Da ciò discende che la realizzazione del programma previsto deve avvenire ad opera dello Stato, tenuto non solo a predisporre gli organi e gli istituti necessari, ma anche ad integrarli.

L'impegno dello Stato è quindi quello di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. La liberazione dal bisogno è un compito di tutta la collettività; è condizione indispensabile per l'effettivo godimento da parte di tutti i cittadini dei diritti civili e politici. Ciò determina l'estensione delle funzioni sociali dello Stato ed influenza non solo la previdenza e l'assistenza sociale, ma in genere ogni attività pubblica a scopo sociale. Il significato più profondo può essere individuato proprio nel rilievo dato alla persona umana poiché l'impegno dello Stato è volto a realizzare un interesse indivisibile della collettività mediante la tutela del singolo.

Queste considerazioni inducono ad avvertire l'esigenza di una ulteriore riforma del nostro sistema di sicurezza sociale. Oltretutto esse confermano la rilevanza politica dell'idea di sicurezza sociale alla quale occorre dare una più completa attuazione non solo provvedendo al perfezionamento ed al miglioramento delle strutture esistenti, quanto piuttosto attraverso un radicale rinnovamento del sistema in senso democratico e civile ed il definitivo abbandono di concezioni che devono essere ormai considerate superate.

Perciò il sistema di sicurezza sociale deve essere caratterizzato non solo dal principio per cui l'attività volta a realizzare la liberazione dal bisogno soddisfa un interesse pubblico generale, ma anche e soprattutto dal principio che esso costituisce contemporaneamente una specifica tutela della persona umana; quindi i beneficiari dell'assistenza cessano di essere titolari di meri interessi; si deve giungere alla realizzazione di una più adeguata tutela dei soggetti protetti riconoscendo loro un diritto soggettivo perfetto.

In tal modo, attribuito **un diritto soggettivo a certe prestazioni, la realizzazione della tutela dal bisogno a favore del cittadino e del cittadino lavoratore, realizza contemporaneamente, ma sempre in modo diretto ed immediato, sia l'interesse del soggetto protetto sia quello della collettività. Se è indiscutibile che il soggetto protetto vede soddisfatto con l'erogazione delle prestazioni previdenziali il suo interesse alla garanzia delle condizioni economiche della esistenza, la realizzazione di tale garanzia corrisponde anche all'interesse di tutta la collettività.**

Tale formulazione trova conferma da un lato nell'attribuzione di un diritto soggettivo perfetto alle prestazioni, diritto che la dottrina, e non solo quella italiana, ha giustamente configurato come un diritto pubblico soggettivo; dall'altro nell'assunzione da parte della collettività degli oneri finanziari della tutela, nonché nella previsione di strumenti

pubblicistici per la sua relizzazione. In conclusione, che **l'attuazione del sistema della sicurezza sociale comporti la soddisfazione concomitante di interessi individuali e di interessi di tutta la collettività è affermato esplicitamente dalla dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi dell'ordinamento sammarinese almeno per quanto attiene alla tutela della salute considerata diritto fondamentale dei cittadini e generale interesse della collettività.**

In base alle premesse considerazioni, le istanze attrici devono essere integralmente accolte. Deve pertanto dichiararsi che non può essere preteso, poiché illegittimo, il pagamento di retta mensile per i soggetti portatori di handicaps ospitati nel Centro di Educazione Psicomotoria. Deve essere dichiarata la nullità della delibera emessa il 23 gennaio 1984 dalla Commissione Esecutiva e del connesso "regolamento per la gestione economica del Centro di Educazione Psicomotoria". Il convenuto Istituto per la Sicurezza Sociale deve essere condannato alla restituzione in favore degli attori delle somme superiori al cinquanta per cento degli importi delle pensioni erogate per invalidità civile ed illegalmente trattenute.

Che le cose in realtà stessero e stiano così qualche barlume ne ebbe la stessa Commissione Esecutiva che nella impugnata delibera pur respingendo il ricorso degli attori "per quanto di sua competenza", rilevò tuttavia la necessità di un intervento del legislatore e raccomandò pertanto alla Commissione Generale di proporre la modifica dell'art. 6 della Legge nr. 21 dell'anno 1977.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico del convenuto Istituto per la Sicurezza Sociale.

## 57.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 13 dicembre 1991.

Ceccoli Gino (Avv. G.L. Berti) : A.A.S.S.P. e Ecc.ma Camera della Repubblica di san Marino (Avv. L. Daniele); chiamata in causa: S.p.a. Compagnia Assicurazioni Generali (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 276, anno 1987.

### **Danno – Caso fortuito – Avvenimento imprevedibile ed inevitabile.**

*Ricorre il caso fortuito quando può essere esclusa la riconducibilità causale del danno a un difetto di custodia, cura o diligenza, mentre l'evento è dotato di un impulso causale autonomo e riveste il carattere della inevitabilità.*

## FATTO

Con istanza, depositata il 17 dicembre 1987, l'attore ha chiamato in giudizio la convenuta A.A.S.S.P. richiedendo "sentirsi dichiarare civilmente responsabile dei danni materiali e morali sofferti dall'attore Ceccoli Gino per il fatto descritto e pertanto condannare alla rifazione verso il Ceccoli dei danni stessi per la somma di £. 55.000.000=, ovvero di quella maggiore o minore somma che risulterà nel corso del

giudizio, con interessi legali e rivalutazione conseguente a svalutazione monetaria, con rimborso per rivalsa I.S.S., nonché con pagamento delle spese ed onorari di causa”.

Riprodotta la citazione, l'attore con istanza del 28 aprile 1988 ha chiamato in giudizio l'Ecc.ma Camera per sentirla “dichiarare civilmente responsabile, in solido con l'Azienda di Stato per i Servizi Pubblici, ovvero nei limiti che risulteranno sulla base degli accertamenti peritali, dei danni materiali e morali sofferti dall'attore Ceccoli Gino per il fatto lesivo descritto e pertanto condannare alla rifazione verso l'attore dei danni stessi per la somma di £. 55.000.000= ovvero di quella maggiore o minore somma che risulterà nel corso del giudizio, con interessi legali e rivalutazione conseguente a svalutazione monetaria, con rimborso per rivalsa I.S.S., nonché con pagamento delle spese ed onorari di causa”.

Riprodotta anche questa citazione, costituitesi in giudizio entrambe le convenute, che si sono dichiarate “estraneae alla responsabilità addebitata”, su istanza delle stesse è stata chiamata in causa la s.p.a. Compagnia di Assicurazioni Generali, con cui hanno affermato essere stata stipulata “idonea polizza di assicurazione”.

Riprodotta la citazione di chiamata in causa, si è costituita la convenuta la s.p.a. Compagnia di Assicurazioni Generali, dando espressamente atto dell'esistenza di un contratto di assicurazione per responsabilità civile, ma eccependo “una più attenta valutazione in ordine alla responsabilità dell'Azienda nell'evento”, la misura del risarcimento, e il destinatario dello stesso, nonché l'esistenza di una domanda di pensione presentata dall'attore presso l'Istituto per la Sicurezza Sociale.

Lamenta l'attore che il giorno 24 gennaio 1986, in località Murata, all'incrocio tra Via Gamella e Via Campo dei Giudei, un oggetto solido, staccatosi dal tetto di una cabina elettrica, lo ha colpito al capo procurandogli lesioni permanenti, come risulta dalla pratica penale n°. 41 dell'anno 1986, fotto rubricato come infortunio sul lavoro.

Lamenta altresì l'attore che la caduta del materiale solido non sarebbe da imputarsi ad eventi atmosferici eccezionali, ma alla assoluta mancanza di manutenzione, spettante alla convenuta azienda, oltreché a difettosa costruzione della suddetta cabina.

Nei termini di prova è stata disposta l'allegazione in via provvisoria del fascicolo penale n°. 41 dell'anno 1986. Sono stati altresì ammessi, nell'interesse dell'attore perizie tecniche sulle cause del sinistro nonché sulle lesioni riportate. Sono state anche ammesse la nota con cui in ossequio all'art. 65 della Legge 11 febbraio 1983, n°. 15, l'Istituto per la Sicurezza Sociale notificava l'esercizio del diritto di rivalsa e l'estratto conto non definitivo per la rivalsa sul sinistro accaduto all'attore.

Dopo la rinuncia dell'attore ai termini di prova a suo favore, nel termine reprobatorio è stato indotto un testimone, ammesso ed escusso ed è stata richiesta perizia tecnica d'ufficio.

Risulta dagli atti di causa che l'attore, mentre espletava attività lavorativa quale cantoniere, in data 24 gennaio 1986 ha subito “un trauma cranico per caduta di materiale sul capo con sfondamento del tavolato osseo”: gli esiti che sono stati diagnosticati a seguito dell'incidente sono descritti come “frattura parieto occipitale con affondamento del lembo osseo, con ferite lacero contuse al cuoio capelluto”, cui è seguito il 25 gennaio 1986, intervento chirurgico. Ne è quindi risultata una invalidità temporanea di 120= giorni e una invalidità temporanea parziale pari al 50% di giorni 90=. L'invalidità permanente accertata è pari al 14-15%.

Risulta sempre dagli atti di causa che il materiale - un pezzo di cemento - che ha cagionato lesioni all'attore apparteneva ad una cabina elettrica, di proprietà della

convenuta Ecc.ma Camera, la cui manutenzione spetta alla convenuta Azienda. L'immobile, secondo le dichiarazioni di un testimone, è da ritenersi in uno stato ordinario di manutenzione, mentre l'edificio, per la data di costruzione, è considerato abbastanza recente (udienza 1° marzo 1990). Il pezzo di cemento è pertanto caduto a cagione delle condizioni atmosferiche eccezionali. Come ha riferito lo stesso attore, perché "scardinato dal vento" (processo verbale del 24 febbraio 1986), in quel momento molto forte, "così come dal tetto della cabina si erano staccati altri pezzi di cemento che erano sulla strada" (Verbale di sommarie informazioni del 6 maggio 1986).

Risulta altresì che il Commissario della Legge esercente l'azione penale presso l'intestato Tribunale Commissariale, in data 5 marzo 1985, su conforme parere del Procuratore del Fisco, ordinava l'archiviazione, allo stato degli atti, del fascicolo e del procedimento, considerando che "non vi sia luogo a procedere ulteriormente in questa sede penale: senza pregiudizio dei diritti del Fisco e quindi con riserva di concreto esercizio dell'azione a carico di chicchessia, giusta la previsione dell'art. 135 del C.P.P. Può d'altra parte ritenersi che l'inizio della causa civile vertente sul medesimo oggetto possa sospendere i termini di prescrizione dei reati eventualmente ravvisabili nei fatti di causa: a mente dell'art. 56 del codice penale, infatti, la prescrizione è sospesa per tutto il periodo necessario a definire in giudizio penale o amministrativo su una questione pregiudiziale all'accertamento del reato di cui trattasi. A maggior ragione effetto sospensivo del termine prescrizionale sembra doversi attribuire al giudizio civile vertente su questione pregiudiziale all'accertamento del reato".

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore dell'attore ha così concluso: "dichiararsi l'Azienda Autonoma di Stato per i Servizi Pubblici (A.A.S.S.P.) della Repubblica di San Marino in solido con l'Ecc.ma Camera di San Marino, civilmente responsabili dei danni materiali, morali e biologici sofferti dall'attore Ceccoli Gino per il fatto sopra descritto e pertanto condannarsi i convenuti alla rifazione verso l'attore Ceccoli Gino dei danni stessi per la somma di £.74.000.000=, con interessi legali e rivalutazione conseguente a svalutazione monetaria, con rimborso per rivalsa ISS, nonché al pagamento di onorari e spese" precisati analiticamente in complessive £.7.620.000.

Il procuratore dell'Ecc.ma Camera e dell'Azienda Autonoma di Stato per i Servizi Pubblici (A.A.S.S.P.), ha invece così concluso "chiedendo respingersi l'istanza avanzata del Signor Ceccoli Gino, con vittoria di spese ed onorari di causa".

Il procuratore della s.p.a. Compagnia di Assicurazioni Generali, chiamata in causa, ha così concluso chiedendo "respingere l'istanza attrice per totale insussistenza del danno in capo al Ceccoli, avendo questi ricevuto l'integrazione del reddito perduto dall'Istituto per la Sicurezza Sociale, che, a sua volta è subentrato nell'eventuale diritto a richiedere l'indennizzo del corrispondente esborso. Nessun altro danno è in atti dimostrato o comunque risulta indennizzabile stante la natura dei fatti che l'avrebbero provocato. In subordine, in relazione all'art. 65 della Legge 15 del 1983, si chiede respingere l'istanza in quanto la parte attrice non ha procurato di instaurare il necessario contraddittorio con l'Istituto per la Sicurezza Sociale. In ogni caso con condanna della parte attrice al pagamento di tutte le spese di causa comprese perizie giudiziali ed onorari di avvocato, da liquidare eventualmente anche in sentenza.

## DIRITTO

1) Si eccepisce nell'interesse della chiamata in causa, che l'evento, che ha cagionato il danno all'attore, è attribuibile soltanto a fatto imprevedibile ed eccezionale. In maniera più esplicita si eccepisce invece, da entrambe le convenute, che la situazione deve inquadrarsi "nella configurazione della forza maggiore e del caso fortuito".

La domanda dell'attore invoca una responsabilità per danno cagionato da una cosa, da un fabbricato, quale è la cabina elettrica: eccepiscono le convenute che il limite di tale responsabilità è costituito dal caso fortuito, perché il danno per le lesioni cagionate è dovuto ad un evento imprevedibile ed inevitabile, estraneo sia a fatto derivante dalla cabina stessa, non riconducibile quindi alla responsabilità della proprietaria convenuta Ecc.ma Camera, sia alla sfera della custodia della cabina, non riconducibile alla convenuta Azienda.

**Nelle decisioni della giurisprudenza sammarinese** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 24 agosto 1949, nella causa n. 57, anno 1948, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 228 e poi anche Sentenza del Commissario della Legge 27 agosto 1950, nella causa n. 9, anno 1947, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 241), **il caso fortuito è definito come un "accidens quo per custodiam, curam vel diligentiam mentis humanae non potest vitari ab eo qui patitur" – "un fatto accidentale che in conseguenza della custodia, della cura o della diligenza della mente umana, non può essere evitato da colui che lo subisce"**.

**Ricorre quindi il caso fortuito quando può essere esclusa la riconducibilità causale del danno a un difetto di custodia, cura o diligenza, mentre l'evento è dotato di un impulso causale autonomo e riveste il carattere della inevitabilità.**

Allegando il caso fortuito, sempre secondo la giurisprudenza sammarinese (cfr. sentenza del 25 ottobre 1945 nella causa n°. 34, anno 1945, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 170), alle convenute incombe l'obbligo di provarlo in tutti i suoi quattro estremi, che quella giurisprudenza ha individuato e dei quali si deve qui rendere ragione. Infatti le convenute hanno dato prova che la caduta del pezzo di cemento, si è verificata indipendentemente dal fatto o fatti posti in essere da entrambe. E' stata data prova in atti che, al momento dell'incidente, la cabina era in stato ordinario di manutenzione ed era edificio abbastanza recente.

Al contrario non sembra persuasivamente provato che la cabina elettrica, da cui si sono staccati i pezzi di cemento, dei quali uno colpiva l'attore, presentasse difetti di manutenzione o addirittura vizi di costruzione, come invece sostiene lo stesso attore. Soprattutto non sono stati provati i fatti invocati a fondamento della responsabilità delle convenute, cioè che non abbiano sufficientemente vigilato sulla cabina, per carenza di interventi riparatori o di salvaguardia del bene stesso. La forza eccezionale del vento, che si è abbattuta sulla copertura, ne ha determinato e cagionato la rottura dei pezzi di cemento caduti.

L'avvenimento, cioè il distacco dei pezzi o del pezzo di cemento, per le parti convenute, è stato imprevedibile ed inevitabile. E' accertato che le condizioni atmosferiche non erano normali, ma eccezionali, a cagione del forte vento che aveva determinato la rottura di rami e altri fatti, quali lo spostamento di un cassonetto, che lo stesso attore ritenne di dover ancorare con una pietra. Già prima dell'incidente occorso all'attore, il vento aveva determinato il distacco di altri pezzi di cemento, notati in terra dallo stesso attore.

Le convenute erano pertanto nella impossibilità obbiettiva di porre rimedio al distacco dei pezzi di cemento, poiché quanto accadeva era in conseguenza degli eventi naturali in atto, come ha dichiarato l'attore, nel momento in cui si è verificato l'evento dannoso.

Infine le conseguenze del caso fortuito, che sono riuscite dannose per l'attore, non sono state accresciute da fatti positivi o negativi attribuibili alle due convenute.

Si deve pertanto escludere la responsabilità delle convenute per il danno cagionato all'attore, dato che l'evento che lo ha provocato è riconducibile soltanto a caso fortuito.

2) L'invalidità permanente subita dall'attore potrebbe anche ricondursi tra quelle che derivano da un infortunio sul lavoro.

L'eccezione sollevata dalla chiamata in causa, fatta valere in via subordinata, è fondata e deve essere accolta: è lo stesso attore che dichiara di espletare attività lavorativa come cantoniere, quando subì il trauma che gli ha provocato le lesioni patite.

L'art. 17 della Legge 11 febbraio 1983, n°. 15, sub a) stabilisce i requisiti di ordine generale per godere delle pensioni privilegiate e l'attore, avendo contratto invalidità a seguito di infortunio sul lavoro, secondo l'ultimo comma del successivo art. 18, potrebbe anche integrarne gli estremi oggettivi richiesti.

Ma come eccepisce ancora la chiamata in causa, ai sensi del terzo comma dell'art. 65 della stessa Legge 11 febbraio 1983, n°. 15, l'Istituto per la Sicurezza Sociale è parte necessaria nei giudizi promossi dall'avente diritto a pensione o a prestazioni economiche a carico dell'Istituto aventi origine da responsabilità di terzi.

Con un tale intervento è stato prescritto un formale litisconsorzio necessario. La legge infatti ha conferito all'Istituto per la Sicurezza Sociale la legittimazione straordinaria a stare in giudizio. La legge impone così la trattazione unitaria delle azioni, che pure potrebbero essere proposte autonomamente. L'ipotesi prevista dalla legge è tutta particolare e considera litisconsorte necessario un soggetto, come l'Istituto, in una qualche misura estraneo al rapporto dedotto in giudizio, ma titolare a sua volta, di un rapporto diverso, quale è il diritto di rivalsa, in qualche modo collegato al primo.

Come è stato eccepito l'attore peraltro non ha provveduto a chiamare in causa l'Istituto per la Sicurezza Sociale integrando il prescritto contraddittorio.

La delicatezza della vicenda processuale, relativamente alle modalità del fatto avvenuto e al *petitum*, sconsigliava comunque di "spendere la facoltà", che compete in via istruttoria al giudicante, di ordinare l'intervento coatto del terzo (cfr. T.Giannini - F. Violi, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, RSM 1967, p. 84).

Le spese seguono la soccombenza e sono da porsi a carico dell'attore.

## 58.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 14 gennaio 1992.

Marcucci Amata Novella, Carla, Teresa (Avv. L. Lonfernini) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. L. Daniele e R. Cesarini) – Causa n. 377, anno 1988.

**Giuspatronato – Espropriazione per pubblica utilità – Azione possessoria – Giurisdizione ordinaria – Insindacabilità.**

*Al Magistrato ordinario non è attribuita giurisdizione a conoscere e decidere di atti aventi natura squisitamente amministrativa.*



*L'azione possessoria, che riguarda ogni perdita di possesso avvenuta "sine licentia", tutela non solo la reintegrazione, che segue alla spogliazione del possesso, violenta od occulta, ma anche le semplici molestie.*

*L'azione non è opponibile ad una "insita possessio" quale è quella derivante alla Ecc.ma Camera dall'esercizio della espropriazione per pubblica utilità.*

---

## FATTO

Con istanza di citazione depositata il 10 novembre 1988 le attrici, nella loro qualifica di titolari del diritto di giuspatronato della Cappella Paolini, hanno chiamato avanti questo Tribunale la convenuta per sentirla "condannare alla reintegrazione del possesso del terreno distinto nel catasto terreni (Parrocchia di Domagnano) al foglio di mappa 22, con particella 191", invocando l'applicazione della procedura sommaria e con vittoria di spese ed onorari di causa.

Lamentano le attrici che il suddetto terreno in base al Piano Regolatore Generale è stato destinato a zona produttiva e che, a seguito di tale destinazione, venne iniziata procedura di esproprio, successivamente interrotta "in quanto la Pubblica Amministrazione non intende più mantenere la destinazione prevista".

Riprodotta la citazione, che peraltro è stata anche ripetuta per non essere stata notificata a mani proprie dei Sindaci di Governo, si è costituita la convenuta, che ha richiesto il termine statutario per dire e dedurre.

La convenuta ha poi eccepito l'infondatezza della domanda "in quanto il terreno a suo tempo espropriato rientra tuttora nell'ambito delle destinazioni pubbliche a fini produttivi".

Il procuratore delle attrici, dopo aver depositato un documento, che è la copia della delibera del Congresso di Stato del 20 ottobre 1987, n.20, con la quale si respinge la richiesta delle attrici di "reintegrare in possesso del bene già ceduto all'Ecc.ma Camera", ha rinunciato ad ogni ulteriore termine di prova a suo favore ed ha richiesto l'apertura del termine reprobatorio.

La parte convenuta ha richiesto l'ammissione di un testimone, nella persona del Dirigente dell'Ufficio Urbanistica. Ammesso il testimone con le opportune riserve, su opposizione del procuratore delle attrici, all'udienza straordinaria del 27 settembre 1990 per la quale, dopo diversi rinvii l'escussione del testimone era stata rinviata, il teste non si è presentato.

I procuratori della convenuta Ecc.ma Camlera hanno quindi dichiarato di rinunciare al testimone.

Aperto il termine ad allegare, su istanza della attrice, depositate le memorie, si è provveduto all'irrotulazione e la causa, posta *pro servato*, é stata trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore delle attrici ha così concluso chiedendo "che l'Ecc.ma Camera restituisca il possesso del terreno alla parte attrice" con condanna alle spese legali e giudiziarie.

Nelle finali allegazioni in diritto i procuratori della parte convenuta hanno così concluso: "respingere l'istanza attrice, con vittoria di spese ed onorari di causa".

## DIRITTO

1) L'unica prova allegata agli atti di causa è la citata delibera del Congresso di Stato di cui peraltro, come eccepisce la parte convenuta, non è stata richiesta l'ammissione agli atti di causa.

Alla istanza di reintegrazione del possesso delle attrici, la convenuta ha opposto l'avvenuta espropriazione del terreno, anche se ha riconosciuto implicitamente una mancata utilizzazione del terreno.

Resta comunque insindacabile in questa sede l'apprezzamento fornito dalla Pubblica Amministrazione nella suddetta delibera quando afferma che è "accertato che il suo futuro uso - del terreno naturalmente - può ugualmente rientrare nell'ambito delle destinazioni pubbliche".

Al Giudice ordinario non è stata attribuita nessuna giurisdizione a conoscere e decidere i rapporti che derivano da tali decisioni di mera opportunità, trattandosi di situazioni giuridiche strumentali o derivanti da atti aventi natura squisitamente amministrativa. Per tali atti amministrativi il "sovrano" ha trattenuta ogni giurisdizione, destinandola ad altri "giudici", diversi dal Commissario della Legge, che sono stati o l'Ecc.mo Consiglio dei XII, oppure oggi i Magistrati facenti parte del Tribunale Amministrativo secondo la Legge 28 giugno 1989, n°. 68.

A parte l'eccezione sollevata sul documento, una pronuncia che considerasse anche soltanto nel merito gli apprezzamenti espressi in delibera, rischierebbe di irretirsi immediatamente in una carenza di giurisdizione, dalla quale deriverebbe una incompetenza, che, nell'ordinamento sammarinese può sempre essere sollevata in qualsiasi fase e grado del procedimento, anche d'ufficio, e anche successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, facendola valere, in questa ultima ipotesi, con l'azione di nullità, (cfr. la Sentenza del Commissario della Legge, 30 ottobre 1960, Morri Secondo (Avv.D.Vicini) c. Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv.G.L.Berti), causa n°. 222/1960 edita in Giurisprudenza Sammarinese 1960, p. 277 e segg.).

2) Ciò premesso alla domanda delle attrici non è poi applicabile la tutela statutaria del possesso prevista dai §§.325 e 326 della Rub.XLII - Quod in causa restitutionis, seu reintegrationis possessionis, summarie procedatur - Che in causa di restituzione o reintegrazione di possesso, si proceda sommariamente - delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, perchè le parti non sono state private o spogliate del possesso in maniera violenta o meglio senza alcun titolo.

La fattispecie è espressamente prevista, perchè il citato § 325 recita "statuimus, et ordinamus, quod si contingat aliquem auctoritate propria, sine Dominorum Capitaneorum licentia, rei alicuius immobilis possessionem intrare, vel ipsam rem detinere, vel aliquo modo occupare, seu pignorare, vel pignori facere, tunc illa possessio, detentio, vel occupatio, vel pignoriatio nullo modo praeiudicet vero domino, nec de illa possessione, et detentione, seu occupatione, aut pignoratione praescriptio ulla sequi possit" - "decretiamo, ed ordiniamo, che se accade che qualcuno di sua propria autorità, senza permesso dei Signori Capitani, entri in possesso di qualche immobile, o lo ritenga, o in qualche modo lo occupi o lo oppigni, o lo faccia oppignorare, allora quel possesso, detenzione, od occupazione, o pignoramento non pregiudichi in verun modo il vero padrone, ne da quel possesso, e detenzione, od occupazione, o pignoramento possa seguire prescrizione alcuna".

L'azione possessoria è quindi statutaria e riguarda ogni perdita di possesso avvenuta *sine licentia*. Naturalmente tale fattispecie - così come è prevista dal citato § 325 - è piuttosto ampia, e tutela non solo la reintegrazione, che segue quando qualcuno sia stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, ma anche le semplici molestie, per cui la norma statutaria prevede anche quella azione che si qualifica come azione di manutenzione.

3) La giurisprudenza sammarinese ha stabilito che “l'azione possessoria e quella petitoria hanno estremi diversi e chi agisce deve specificare quindi quale delle due azioni intende esercitare” (cfr. sentenza del Commissario della Legge 2 gennaio 1926, nella causa n°. 88, anno 1925, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1926, p. 11).

Le attrici hanno specificatamente richiesto soltanto la reintegrazione nel possesso: in questo senso però, sempre secondo quanto insegna la giurisprudenza sammarinese, le attrici non hanno esercitato l'*interdictum de vi*, “con il quale si rimette senz'altro (esclusa ogni indagine sulla proprietà) nel possesso dell'immobile chi ne è stato violentemente spogliato”, perchè manca il presupposto dello spoglio violento e l'azione non sarebbe stata esercitata entro l'anno (cfr. sentenza del Commissario della Legge del 1 agosto 1934 nella causa n°. 161, anno 1933, in *Giurisprudenza Sammarinese* 1933-34, p. 100).

Tali ragioni non hanno quindi consentito alle attrici di richiedere un immediato provvedimento quale è quello previsto dal § 326 della stessa rubrica: “immo teneantur ipsi Domini Capitanei expulsum de possessione praedicta in tenutam reponere sine aliqua iudiciali cognitione, et eundem in possessione manutenere, quousque discussum fuerit, et iudicatum de iuribus partium, si qua lis, seu quaestio inter partes mota fuerit, et nihilominus talis occupans, detinens, vel molestans possidentem in sua possessione, vel detentione, vel in re ipsa aliquid nocivum faciens, vel impediens, vel etiam laborans aedificans, vel construens, aut destruens sine huiusmodi licentia, condemnetur in libris quinquaginta denariorum Communitati Sancti Marini applicandorum. Exceptis tamen illis, qui titulum a rei domino haberent” – “anzi i Signori Capitani siano in obbligo di reintegrare nel possesso l'espulso, senza alcuna cognizione di giudizio, e di mantenerlo in possesso fino a che sarà stato discusso e giudicato dei diritti delle parti, se qualche lite o questione sia stata mossa fra loro, e tuttavia colui che occupa, detiene, molesta l'altrui possesso o detenzione, o alla cosa stessa reca qualche nocimento, o proibendo, ovvero lavorando, edificando o costruendo di suo arbitrio, sia condannato a cinquanta lire di danari da applicarsi al Comune di San Marino. Eccettuati però gli aventi titolo del padrone della cosa”.

4) L'azione spiegata dalle attrici però non si qualifica esattamente neppure come **azione di semplice manutenzione, definita dalla giurisprudenza sammarinese come “diretta ad ottenere la tutela del possesso come stato di fatto, o come esercizio di fatto di un contenuto di un diritto reale immobiliare, salvo ed impregiudicato ogni accertamento sulla effettiva sussistenza del preteso diritto”** (cfr. sentenza del Sig. Giudice delle Appellazioni del 18 aprile 1968, nella causa n°. 399 dell'anno 1966, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964-1969, p. 207).

In realtà le parti attrici, quali titolari di un diritto di giuspatronato, hanno richiesto solamente la restituzione di un possesso turbato da una fatto che non può interpretarsi come molestia, anche se si è estrinsecata in una pretesa contraria al loro diritto, turbando la conservazione del possesso del terreno.

E' vero che, come titolari del diritto di giuspatronato, le attrici hanno soltanto il possesso del terreno, ma è altresì vero che nei confronti di questo terreno è stato esercitato il diritto di espropriazione della Pubblica Amministrazione per pubblica utilità. L'intervento della procedura di espropriazione, con cui si è trasferito in capo alla convenuta Ecc.ma Camera anche il possesso di fatto, non sembra integrare gli estremi delle turbative elencate, se si vuole anche esemplificativamente, nel § 325 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* cui seguirebbe immediatamente anche una azione di manutenzione. Al di fuori di quelle turbative si deve riconoscere che siamo in presenza di una *iuxta possessio* esercitata dalla convenuta.

Per restare nei limiti dell'esercizio di questa azione, che ha il suo precedente nel diritto comune nell'interdetto *uti possidetis*, esercitato *nec vi nec clam nec precario altero ab altero*, di cui a D.43.17.1 pr., osservando incidentalmente che è perpetuo, e quindi l'azione in questo caso non sarebbe stata intempestiva, si deve affermare che non è certo opponibile ad una *iuxta possessio*, quale è quella derivante alla convenuta Ecc.ma Camera dall'esercizio della espropriazione per pubblica utilità.

5) E' vero che le attrici chiedendo la reintegrazione nel possesso di un terreno appartenente al loro diritto di giuspatronato, contemporaneamente possono avere esercitato anche una azione o giudizio petitorio, "che per il diritto comune avrebbe potuto essere promosso anche in pendenza del possessorio, non sussistendo il divieto di proporre il giudizio petitorio per il convenuto in possessorio" (cfr. sentenza del Sig. Giudice delle Appellazioni del 18 aprile 1968, nella causa n°. 399 dell'anno 1966, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964-1969, p. 207).

Se però le attrici, convenendo in giudizio l'Ecc.ma Camera, intendevano lagnarsi del fatto, che la mancata utilizzazione del terreno da parte della convenuta, ormai non giustifica più l'espropriazione, si deve rispondere che una tale istanza non è di "reintegrazione del possesso" alle tre titolari del diritto di giuspatronato, ma di impugnativa dell'espropriazione e pertanto non può essere accolta, anche perchè irritualmente proposta.

A parte dunque l'opposizione all'espropriazione, dopo la deliberazione, che ha fatto seguito all'istanza avanzata al Congresso di Stato, le attrici avrebbero dovuto impugnare i motivi di opportunità esposti nella delibera avanti all'allora competente Ecc.mo Consiglio dei XII, cui avrebbe potuto seguire, in quel regime, ormai definitivamente abrogato, anche una possibile riforma. Restava comunque allora, come anche oggi resta, che quelle motivazioni erano e sono del tutto insindacabili dalla giurisdizione ordinaria. Le spese del presente giudizio vanno poste a carico delle parti attrici perché soccombenti.

## 59.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 3 febbraio 1992.

S.A. Selene (Avv. L. Baccocchi) : S.p.a. Sutes (Avv. G. Micheloni) e Compagnia di Navigazione Jugolinija Rijeka (Avv. G. Lonfernini) – Causa n. 60, anno 1990.

**Contratto di spedizione – Contratto di trasporto – Oggetto – Responsabilità.**

*Il contratto di spedizione è un mandato qualificato dalla tipicità dell'oggetto.*

*La responsabilità dello spedizioniere è pertanto quella del mandatario.*

*Il contratto di trasporto è un contratto consensuale, con il quale il vettore si obbliga a trasferire persone o cose da un luogo all'altro, ricevendo un prezzo per il servizio, secondo modalità che ne salvaguardino l'integrità.*

*Il vettore soggiace alla responsabilità ex recepto, risponde cioè per culpa laevissima della perdita o del danneggiamento delle cose che a lui sono state consegnate per il trasporto.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 28 febbraio 1990 la società anonima Selene s.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, ha convenuto avanti a questo Tribunale la società per azioni Sutes s.p.a. nonché la Compagnia di Navigazione Jugolinija Rijeka, rispettivamente in persona dei loro legali rappresentanti pro tempore, per sentirle condannare "per le rispettive quote di responsabilità e complessivamente per l'intero danno: - al pagamento della somma di £. 5.877.000= per vera sorte oltre ad interessi e svalutazione monetaria; - al pagamento di ogni altro danno derivante dal comportamento illegittimo delle società convenute; - al pagamento di tutte le spese ed onorari del presente giudizio".

Esponeva l'attrice di avere commissionato alle parti convenute il trasporto di capi tessili - federe e strofinacci - da Karachi a San Marino, e che tali merci furono consegnate in ritardo, ed erano danneggiate, insudiciate ed alcune di esse mancanti. Essa attrice ha dovuto provvedere al lavaggio di tali merci per ripristinare il normale livello di igiene, sostenendo la spesa di £. 5.704.000=, mentre il danno derivante dalla mancanza di n. 140 federe ammonterebbe a £. 173.100.

All'udienza del 28 maggio 1990 si costituiva la convenuta Compagnia di navigazione "Jugolinea Rijeka", mentre la convenuta Sutes s.p.a., non citata a mani del legale rappresentante pro tempore, si costituiva alla fissata udienza del 10 settembre 1991.

Nel corso dei rituali termini di prova sono stati ammessi, su istanza di tutte le procure costituite, documenti, nonché - su istanza della procura attrice - il giudiziale contraddittorio fra i legali rappresentanti delle parti in causa, il quale non è stato esperito per la mancata comparizione dei legali rappresentanti delle società convenute.

Veniva infine fissata l'udienza del 19 dicembre 1991 per la irrotulazione della causa. Il fascicolo processuale veniva trasmesso a questo giudicante in data 14 gennaio 1992, dopo di che la causa veniva posta in *pro servato*.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso chiedendo volersi "condannare la società SUTES S.P.A. e la Compagnia di navigazione Jugolinea Rijeka, per le rispettive quote di responsabilità, da valutarsi equitativamente da S.S. III.ma il Commissario della Legge, e complessivamente per l'intero danno, al pagamento della somma di £. 5.877.000=, cifra corrispondente alle spese sostenute dalla SELENE S.A. per il lavaggio della merce in contestazione oltre al valore dei capi che sono andati perduti. Su tale somma debbono essere conteggiati interessi e svalutazione monetaria. Le società convenute debbono essere condannate al pagamento di tutte le spese ed onorari del presente giudizio che si possono così quantificare: [...] £. 1.470.000=".

La procura della convenuta società per azioni SUTES S.P.A., ha, invece, concluso chiedendo “assolversi da ogni responsabilità riconducibile ai lamentati danni, la società SUTES, con conseguente condanna della attrice SELENE al pagamento delle spese ed onorari di causa che si quantificano come segue: [...] £. 1.754.000=”.

La procura della convenuta Compagnia di Navigazione Jugolinija Rijeka, infine ha così concluso: “L’istanza della SELENE verso la Compagnia YUGOLINIJA va respinta in toto, perché è provata l’estraneità della convenuta YUGOLINIJA ai fatti a lei addebitati. Chiediamo pertanto che il Commissario della Legge voglia respingere l’istanza della SELENE nei confronti della Compagnia YUGOLINEA perché non è provata la sua responsabilità, condannando l’attrice al pagamento di tutte le spese ed onorari di causa che si chiedono liquidarsi in £. 1.800.000=”.

### DIRITTO

1. La società attrice reclama dunque il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della perdita di parte della merce trasportata da Karachi a San Marino e del danneggiamento della restante merce. Le pretese dell’istante sono avanzate sia nei confronti dello spedizioniere - la Sutes s.p.a. - che del vettore marittimo - la Compagnia di navigazione Jugolinija Rijeka - poiché entrambi avrebbero concorso alla produzione del danno. Si tratterebbe, pertanto, di una azione di risarcimento danni derivante da inadempimento contrattuale delle parti convenute.

La procura della convenuta SUTES s.p.a., peraltro, eccepisce che “la società Sutes aveva la sola incombenza di svolgere le pratiche doganali, ritirare le merci dalla nave in approdo al porto di Trieste e consegnarle al vettore terrestre per il trasporto a San Marino. Ne consegue che la merce non può essere stata danneggiata e smarrita che durante il tragitto per via mare o per via terra; che nessuna responsabilità dell’evento dannoso può essere imputata alla Società SUTES, il cui incarico e le cui funzioni vengono limitate a pratiche burocratiche, che escludono ogni manipolazione della merce”.

La procura della convenuta Compagnia di Navigazione “Jugolinija Rijeka”, invece, sostiene che la responsabilità del danno verificatosi non può essere imputata alla sua assistita, poiché “il container quando fu scaricato dalla nave Bribir era integro”, mentre “l’imballaggio non era fatto bene, era scadente, inconsistente. La responsabilità va addossata dunque a chi ha spedito la merce e non al trasportatore”. Eccepisce, inoltre, che “la S.A. SELENE non ha provato nulla, è rimasta assente dal procedimento”.

In conseguenza di tali rilievi ed eccezioni si appalesa opportuna la verifica della posizione contrattuale delle convenute, esaminando, in particolare, quali sono le obbligazioni che nascono, rispettivamente, dal contratto di spedizione e dal contratto di trasporto. E ciò al fine di individuare la disciplina della relativa responsabilità contrattuale.

2. *Il contratto di spedizione è un mandato in virtù del quale lo spedizioniere assume l’incarico di stipulare in nome proprio e per conto del committente un contratto di trasporto, nonché di compiere tutte le operazioni accessorie, che siano necessarie od utili all’inizio, nel corso ed al termine del viaggio, come, ad esempio, le operazioni di carico della merce, di resa a domicilio della merce medesima, il compimento delle operazioni doganali, ecc. L’obbligazione dello spedizioniere è dunque quella di concludere il contratto di trasporto, onde di norma lo spedizioniere assolve il suo*

*compito con la consegna della merce al vettore. Come contropartita di tali adempimenti, spetta allo spedizioniere il diritto ad una provvigione.*

*In definitiva, il contratto di spedizione non è che un mandato qualificato dalla tipicità dell'oggetto. La responsabilità dello spedizioniere sarà pertanto quella del mandatario.*

*La nozione attuale di mandato è il risultato di una lenta evoluzione, favorita nel periodo medievale dallo sviluppo dei traffici commerciali.*

*E' a tutti noto, infatti, che per il diritto romano il mandato è un contratto consensuale, in forza del quale una delle parti si obbliga a fare gratuitamente qualcosa di cui l'altra parte le dà l'incarico. Frequentemente l'attività a cui il mandatario si obbliga ha carattere giuridico (ad esempio, la conclusione di contratti di compravendita), ma può anche non averlo, e così vi sono dei casi in cui solo la gratuità distingue il mandato dalla locazione. L'aspetto peculiare del mandato romano è, appunto, la gratuità, di modo che qualunque mercede promessa al mandatario per eseguire l'incarico avrebbe convertito il negozio in una locatio conductio oppure in un contratto innominato (si veda D. 19, 5, 13: "Si tibi vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem: sed in factum, quasi alio negotio gesto: quia et mandata gratuita esse debent [...]").*

*Nel medioevo - come già detto - l'esercizio della mercatura condusse al superamento del principio della essenziale gratuità del mandato, onde tale schema contrattuale poté essere utilizzato in ogni caso in cui taluno, su espresso incarico dell'altra parte, compisse una attività gestoria nell'interesse e per conto altrui.*

*Le obbligazioni che, secondo il diritto comune, nascono dal mandato a carico del mandatario sono essenzialmente quelle di portare ad esecuzione l'incarico conferito e quella del rendiconto.*

*Il mandatario doveva osservare la forma mandati, vale a dire "il tenore stesso della convenzione, quale la volontà del mandante aveale formulata, con tutte le sue circostanze di tempo e di prezzo, senza aggiungervi o togliervi nulla, conformandovisi in tutto, eziandio coi mezzi indicati e colle qualità estrinseche fissate nel contratto" (SCHUPFER, Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento, Torino, 1921, vol. III, p. 11), onde il mandatario che non vi avesse adempiuto sarebbe andato incontro a responsabilità ed il mandante avrebbe potuto non ratificarne l'opera. Nell'esecuzione dell'incarico il mandatario doveva usare, secondo la communis opinio doctorum, la diligenza del padre di famiglia diligentissimo. Si argomentava, in proposito da C. 4, 35, 13, il quale statuisce: "A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum prestandum esse, iuris auctoritate manifeste declaratur", nonchè da C. 4, 25, 21, a termini del quale "In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est: nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur: nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est". Ne consegue che il mandatario risponde, non solo per dolo o colpa grave, ma anche per colpa lieve, allorché l'incarico non sia eseguito regolarmente: l'azione di mandato tende "a costringere il mandatario a rifare il danno inferito con dolo o con colpa qualunque, eziandio levissima; pel motivo che gli affari altrui debbono essere condotti con esattezza, né si può non accagionare di colpa chi nello amministrarli abbia comunque peccato di negligenza o di omissione. [...] Laonde, richiedendo la natura del mandato la più esatta diligenza nel mandatario, e però essendosi il mandatario, colla semplice*

*assunzione del mandato, obbligato a prestare tal diligenza, non adempie egli la data fede né adopera di buona fede, se commette la minima negligenza" (J. VOET, Commento alle Padette, ed. con la volgarizzazione del dott. Leone Fortis, Venezia, 1855, Lib. XVII, tit. I, n. IX, p. 751).*

*Si tratta, ovviamente, di una obbligazione che oggi definiremmo di "mezzi" e non di "risultato". In altre parole, il mandatario deve, per andare esente da responsabilità, eseguire l'incarico conferitogli con diligenza, attenendosi alle istruzioni del mandante, ove vi siano, ovvero adoperandosi al meglio per la realizzazione dell'interesse del mandante. Non risponde, invece, quando si sia comportato diligentemente, del mancato conseguimento del risultato che il mandante si riprometteva di realizzare con il contratto di mandato.*

*Ed in effetti, con l'azione di mandato "domandasi che il mandatario eseguisca il mandato giusta il modo prescritto, od altrimenti sia tenuto al risarcimento del danno: e ciò tanto nel caso che non abbia in modo alcuno adempiuto al mandato da sé o per mezzo di un altro egualmente idoneo, cui poteva eleggere; quanto se abbia ecceduto i termini del mandato, sicché ne vada dell'interesse del mandante" (J. VOET, Commento alle Pandette, op. cit., Lib. XVII, tit. I, n. IX, p. 750).*

Risulta dagli atti di causa che la società attrice ha informato la casa di spedizioni di Trieste Sutes s.p.a. della importazione delle merci di cui è causa con lettera in data 4 novembre 1988; che la medesima casa di spedizioni in data 14 novembre 1988 informava il vettore Jugolinija Rijeka di avere riscontrato in sede di verifica della merce che i contenitori erano "scondizionati e/o comunque danneggiati, con sospetta mancanza di contenuto"; che in data 25 novembre 1988, per irregolarità riscontrate dalla Dogana di Trieste in data 24 novembre 1988, le merci venivano introdotte in magazzino doganale; che tali merci venivano consegnate dallo spedizioniere al vettore La Bora" che avrebbe dovuto eseguire il trasporto via terra da Trieste a San Marino, in data 14 febbraio 1989. Dalla copiosa corrispondenza intercorsa tra la società attrice e la società SUTES s.p.a. - prodotta in atti e regolarizzata con l'imposta di bollo e di registro (escludendo altri documenti, pure prodotti, i quali, non essendo in regola con l'imposta di bollo e con l'imposta di registro, per il disposto degli artt. 14 e 15 della legge 29 ottobre 1981 n. 86 e dell'art. 59 della legge 29 ottobre 1981 n. 85, non possono in alcun caso essere presi in esame dal giudice), si evince che la convenuta SUTES s.p.a. si era impegnata nei confronti della attrice a ritirare la merce dal vettore marittimo, a compiere tutte le formalità doganali per l'importazione della merce stessa, a concludere il contratto di trasporto via terra fino a San Marino, ed a consegnare la merce al vettore terrestre. A tali obbligazioni la convenuta SUTES s.p.a. ha adempiuto con diligenza, rilevando le irregolarità riscontrate, e curando gli adempimenti perché la merce venisse recapitata al committente. Peraltro, non è dato sapere, dagli atti di causa, se la SUTES s.p.a., accortasi del cattivo stato dell'imballaggio delle merci, ne abbia dato tempestivamente notizia al mandante, né se il lungo lasso di tempo occorso per l'espletamento delle formalità doganali - che ha comportato la giacenza delle merci nei magazzini doganali del porto di Trieste, con conseguente aggravamento dei danni subiti dalle stesse - dipenda da fatto dello spedizioniere, che non si è debitamente attivato, ovvero esclusivamente dalla Dogana. Infine, non può essere imputata alla SUTES s.p.a. alcuna responsabilità per quanto riguarda il trasporto terrestre, in quanto non risulta dagli atti negligenza della stessa nella scelta del vettore.



3. La Compagnia di Navigazione Jugolinija Rijeka è stata invece incaricata del trasporto della merce al porto di Trieste dal mittente United Sales & Engineering Co. LTD di Karachi (Pakistan) su ordine della Selene s.a. (v. polizza di carico prodotta in atti). Essa ha assunto, dunque, la qualità di vettore marittimo. Il trasporto da Trieste a San Marino è stato invece eseguito dal vettore La Bora di Trieste.

***Il contratto di trasporto è un contratto consensuale, con il quale il vettore si obbliga a trasferire persone o cose da un luogo all'altro. Tale obbligazione si considera adempiuta non solo quando la persona o la cosa siano materialmente trasportate al luogo di destinazione, ma in quanto ciò avvenga secondo modalità che ne salvaguardino l'integrità. Come contropartita, il mittente paga al vettore un prezzo per il servizio (il nolo).***

*Il pagamento della mercede ha fatto sì che il contratto di trasporto fosse inquadrato, nel diritto romano, nello schema della locatio-conductio; nel caso in cui fosse gratuito, si riteneva, invece, che il vettore assumesse le obbligazioni del depositario.*

*Ciò che ha contribuito nella prassi mercantile medievale alla individuazione del trasporto come tipo contrattuale speciale rispetto alla locatio-conductio, è stato l'uso di emettere la polizza di carico, che allora era chiamata "lettera di vettura", con la quale il mittente indicava le condizioni del trasporto: "era diretta al destinatario, ma si consegnava al vettore, perché gli servisse d'istruzione sulla qualità della merce e quindi sulla cura con cui doveva custodirla, come pure sul luogo di destinazione e sulla persona del destinatario; oltre che per provare al destinatario il prezzo pattuito per il trasporto" (SCHUPFER, Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento, Torino, 1921, vol. III, p. 35).*

*L'obbligazione principale del vettore è, secondo il diritto comune, quella di tenere e custodire la merce durante il viaggio, e di rimetterla al destinatario. Il vettore è dunque tenuto al raggiungimento del risultato, ne sopporta il pericolo, e risponde dei danni alla stregua della colpa lieve. Vale, in proposito, allegare il seguente passo di Ulpiano, il quale, dopo avere posto il principio che la responsabilità del vettore è regolata dai principi della locatio-conductio, se il trasporto è oneroso, e da quelli del deposito, se gratuito, afferma: "at hoc Edicto omnimodo qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit, vel damnum datum est, nisi quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit non esse iniquum, exceptionem ei dari" (D. 4, 9 – "Nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant" -, 3, 1). In altre parole, il vettore soggiace alla responsabilità ex recepto, vale a dire risponde per culpa laevissima della perdita o del danneggiamento delle cose che a lui sono state consegnate per il trasporto.*

*Tali principi sono stati recepiti dalla dottrina del diritto comune. Autorevolmente, a commento del citato titolo IX del Libro IV del Digesto, è stato chiarito che "i capitani di bastimento o padroni di barca, gli albergatori, gli ostieri, i quali tengono od amministrano la nave, locanda o stallo, si reputa che assumano sopra di sé la custodia delle cose introdotte nella nave, nella locanda o nello stallo, ancorché non piglino mercede per detta custodia. Laonde, se accade qualche danno alle cose portate colà entro, è bensì data a chi fu leso l'azione di locazione o conduzione, od anche quella di deposito, se non fu pattuita la mercede, ma, per far conoscere che il pretore aveva inoltre cura di reprimere siffatta mancanza di probità, sono nel suo editto proposte altre azioni, oltre a quelle e più fruttuose. E prima di tutte avvi l'azione pretoria in factum de receptis, cioè contra il fatto relativo a cose ricevute in consegna; azione persecutoria*

*della cosa, e dipendente da quasi-contratto, la quale è concessa a chi recò checchessia in una nave, stallo o osteria, od altrimenti commise la custodia di checchessia ad un padrone di barca o capitano [...] Quest'azione è data in confronto dei capitani di bastimento, degli albergatori, degli ostieri [...] affinché riparino ogni danno comechessia recato alle cose consegnate, sia per furto, per guasto od altrimenti; eccetto soltanto il caso che fossero perite per accidente fortuito o per forza maggiore, come sarebbe per naufragio o per ispoglio di pirati [...] Del resto, incombe ai capitani ed agli ostieri la prova di siffatti casi fortuiti" (J. VOET, Commento alle Pandette, op. cit., Lib. IV, tit. IX, nn. I e II, p. 668 s.).*

*La giurisprudenza sammarinese, che peraltro si è occupata delle sole ipotesi di perdita parziale o totale della merce trasportata, recepisce tali insegnamenti, facendo derivare a carico del vettore una presunzione di colpa, affermando che "il vettore è responsabile della perdita delle cose consegnategli per il trasporto, dal momento in cui le riceve a quello in cui le riconsegna al destinatario, se non prova che la perdita è derivata da caso fortuito. Si tratta di una presunzione di colpa [...] dalla quale si deduce: a) che il destinatario della merce deve provare solo la mancata consegna; b) che il vettore non può liberarsi da responsabilità provando la propria diligenza ma deve dimostrare che la perdita parziale o totale della merce è dovuta a caso fortuito" (sentenza del Commissario della Legge in data 27 agosto 1950, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 241. Nello stesso senso sentenza del Commissario della Legge in data 24 agosto 1949, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 228 s. Più recentemente si veda la sentenza del Commissario della Legge in data 10 luglio 1991 nella causa civile n. 222 dell'anno 1990, ove è analizzata, attraverso l'esegesi delle fonti del diritto comune, la responsabilità del vettore e le cause di esclusione della stessa).*

*Relativamente al danneggiamento delle merci durante il trasporto occorre significare che, sulla scorta dei ricordati principi, il vettore risponde della buona conservazione delle cose consegnategli. Egli deve verificare lo stato delle merci al momento in cui le prende in consegna e deve riconsegnarle al destinatario nello stesso stato. Se non lo fa è responsabile, salvo che il danno si sia verificato per caso fortuito.*

Alla luce delle osservazioni sopra svolte ne deriva che spetta all'attore dimostrare esclusivamente la mancata consegna della merce ed il danno subito dalla stessa, mentre è il vettore che per esonerarsi da responsabilità è tenuto a provare che la perdita della merce o il danneggiamento della stessa è dovuta a caso fortuito. Trattandosi di obbligazione di risultato non è sufficiente al vettore dimostrare la propria diligenza, egli, invece, deve positivamente dimostrare che il mancato conseguimento del risultato è dovuto a caso fortuito.

4. Dai documenti prodotti in atti, nonché dalla testimonianza del signor Conti Lino risulta essere provata la mancata consegna di n. 140 federe, nonché il fatto che le federe consegnate erano sporche.

Gli elementi probatori più rilevanti, al fine di stabilire la responsabilità dei danni verificatisi, sono costituiti dalla perizia di parte prodotta dalla procura della SUTES s.p.a., dal reclamo avanzato dalla SUTES s.p.a. alla Compagnia di navigazione Jugolinija Rijeka in data 14 novembre 1988 (prima, cioè, delle operazioni di sdoganamento, iniziate il 24 novembre 1988), e dalla cedola di costituzione di deposito nei magazzini doganali (recante la data del 25 novembre 1988), nella quale, alla voce "annotazioni sulla merce" si legge "molti cartoni aperti con contenuto esposto e spandente". Tali ultimi due documenti, infatti, consentono di dimostrare che

effettivamente il danno si è prodotto durante il trasporto marittimo, mentre la perizia di parte evidenzia l'aggravamento del danno durante il trasporto terrestre e la permanenza nei magazzini doganali.

Atteso che il vettore risponde della mancata consegna della merce e del danneggiamento della stessa se non prova che tali fatti sono dovuti a caso fortuito, la convenuta Jugolinija Rijeka è dunque tenuta al risarcimento dei danni che si sono verificati durante il trasporto marittimo. La convenuta, peraltro, eccepisce che la merce in questione era contenuta in un container, il quale, "quando fu scaricato dalla nave Bribir era integro, come risulta da documento prodotto", ribadendo che il danno era da addebitarsi "a chi ha spedito la merce e non al trasportatore", in quanto derivante da difetto dell'imballaggio. Al riguardo deve osservarsi che nessuna eccezione circa l'imballaggio è stata sollevata al mittente, e che, avendo il vettore assunto la custodia delle merci trasportate, egli risponde del danneggiamento e della perdita delle stesse, versandosi in ipotesi di responsabilità oggettiva.

La SUTES s.p.a., invece, non può essere ritenuta responsabile, posto che - come sopra ricordato - lo spedizioniere risponde solo quando non abbia diligentemente dato esecuzione al mandato; e non risultano contestazioni della parte attrice in tal senso, né sono stati dalla stessa forniti elementi probatori per consentire al giudicante di accertare la sua eventuale negligenza, derivante dal non essersi attivata per un sollecito espletamento delle operazioni doganali. Non avendo inoltre assunto in proprio il deposito della merce, né il trasporto della stessa da Trieste a San Marino, la responsabilità per l'aggravamento dei danni non può essere imputata, allo stato degli atti, alla SUTES s.p.a., ma, eventualmente, al gestore dei magazzini generali ed al vettore terrestre, i quali, peraltro, non sono parti nel presente giudizio. Di conseguenza, la convenuta SUTES s.p.a., deve essere dichiarata non responsabile per inadempimento contrattuale.

In definitiva, la Jugolinija Rijeka deve essere condannata al risarcimento dei danni verificatisi durante il trasporto marittimo, che in via equitativa di determinano nella quota del 70% del totale.

5. La parte attrice, tuttavia, non ha fornito la prova dell'ammontare del danno subito. Non risultano elementi per il calcolo del valore corrispondente alle federe mancanti, anche se la somma di £. 173.100, indicata nell'atto di citazione, appare correttamente determinata, essendo uguale a quella indicata nella perizia di parte.

Il corrispettivo pagato per il lavaggio delle federe sporche, invece, non è indicato in atti. La fattura emessa dalla Lavanderia G & G, prodotta dalla procura attrice, non risulta essere in regola con l'imposta di bollo e di registro, e pertanto, ai sensi degli artt. 14 e 15 della legge 29 ottobre 1981 n. 86 e dell'art. 59 della legge 29 ottobre 1981 n. 85, non può essere presa in esame dal giudicante. Si ritiene, dunque, in via equitativa, di dover liquidare la somma indicata dal perito di parte, pari a £. 4.919.700=, onde in totale il danno risentito ammonta a £. 5.092.800=.

La convenuta compagnia di navigazione Jugolinija Rijeka deve pertanto essere condannata al pagamento in favore della attrice della somma di £. 3.564.942=.

Su tale somma vanno riconosciuti gli interessi moratori al tasso legale dalla data della citazione al saldo. Ed infatti, gli interessi moratori rappresentano, nelle obbligazioni pecuniarie, i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 191). Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto comune, la mora si verifica nelle

obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica *ex re*, secondo il brocardo “*dies interpellat pro nomine*”), negli altri casi, quando il creditore abbia inutilmente chiesto l’adempimento, di modo che essa decorre dalla “*interpellatio*” (cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI). Nella specie, non risultando dagli atti di causa essere stata effettuata la costituzione in mora - e dunque la “*interpellatio*” - della Jugolinija Rijeka in data antecedente, gli interessi moratori devono essere riconosciuti dalla data della citazione.

Infine, va riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo gli indici ISTAT, a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla convenuta che non ha tempestivamente provveduto al pagamento. Tale danno deriva alla attrice dall’accertato minore potere d’acquisto della moneta, ed essa è stata costretta a subirlo per non avere avuto la disponibilità della somma conseguente al pagamento.

6. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che si liquidano in £. 1.470.000=, devono essere posti a carico della convenuta Jugolinija Rijeka, perché soccombente.

## 60.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 26 febbraio 1992.

Muscioni Giuseppe (Avv. M. Nicolini) : Ecc. ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. G.B. Busignani) – Causa n. 203, anno 1984.

**Consiglio Grande e Generale – Atto legislativo sotto il profilo formale – Insindacabilità giurisdizionale – Diritti di proprietà e di edificazione – Provvedimento permissivo dell’attività edificatoria – Revoca – Indennizzo – Determinazione – Perizia.**

*Non sono suscettibili di sindacato giurisdizionale ordinario gli atti emanati dal Consiglio Grande e Generale, sia quelli aventi natura formale e materiale di atto legislativo, sia quelli considerabili atti legislativi solamente sotto il profilo formale.*

*Il jus aedificandi, manifestazione del diritto perfetto di proprietà, è condizionato nel suo esercizio, alla “concessione” della licenza di costruzione.*

*Tuttavia la licenza edilizia non è una “concessione”, poiché essa non trasferisce nulla dallo Stato al proprietario, ma è unicamente un mezzo con cui lo Stato, sulla base di una regolamentazione prefissata, consente al privato l’esplicazione del suo jus aedificandi.*

*La revoca del provvedimento permissivo dell’attività edificatoria comporta la condanna della Ecc.ma Camera al risarcimento di tutte le diminuzioni patrimoniali subite dal proprietario, a titolo di damnum emergens e di lucrum cessans.*

*Il perito nominato dal giudice in giudizio non è un organo ausiliare del giudice, bensì un organo dotato di un quid più intenso...che lo pone, sul punto tecnico, allo stesso livello del giudice.*

---

FATTO

Con istanza avanzata in data 28 giugno 1984 il geom. Muscioni Giuseppe espose:

- 1) di essere proprietario di terreni e fabbricati siti in località Monte Carlo di questa Repubblica;
- 2) di avere ottenuto dalla Commissione Tecnica Edilizia le concessioni amministrative per demolire i vecchi fabbricati esistenti e per procedere alla costruzione di un nuovo edificio;
- 3) di avere provveduto ad eseguire le opere di demolizione, di sbancamento del terreno e di fondazione del fabbricato il cui progetto era stato in precedenza approvato;
- 4) il Consiglio Grande e Generale, con la legge 15 marzo 1983 n.36, revocò le autorizzazioni all'istante concesse dalla Commissione Tecnica Edilizia, conferendo mandato al Congresso di Stato di concordare con l'avente diritto soluzioni compensative;
- 5) non essendovi stata possibilità di pervenire ad un soddisfacente accordo con gli Organi della Pubblica Amministrazione, l'istante si trovava costretto ad adire le vie giudiziarie.

Quanto sopra esposto, il geom. Muscioni Giuseppe convenne avanti a questo Tribunale l'Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino per sentirla condannare al risarcimento dei danni di ogni natura da esso attore subiti, specificati nella complessiva somma di £. 1.632.906.340, dei relativi interessi, della svalutazione monetaria, delle spese e degli onorari del giudizio.

Nell'udienza all'uopo fissata l'attore riprodusse l'istanza introduttiva del giudizio.

L'Ecc.ma Camera si costituì a mezzo di procuratore, richiese ed ottenne il termine statutario per rispondere ed eccepì e, questo trascorso eccepì i "generalia contra", opponendosi all'istanza attrice definendola infondata. Nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi numerosi documenti prodotti da ambedue le parti in causa; vennero esaminati i testi Masi Alberto, Galassi Maurizio, geom. Novembrini Marino, arch. Moretti Luigi, dott. Angelini Marino, Cenci Silvio, geom. Volpinari Antonio, ing. Capicchioni Franco.

Quest'ultimo, nominato perito giudiziario, depositò in atti la propria scritta e giurata relazione il 21 aprile 1988 ed ulteriore relazione integrativa il 10 novembre 1988.

Trascorso il termine ad allegare e fissata l'udienza per la irrotulazione, i procuratori delle parti in causa produssero le finali allegazioni e a causa venne posta pro servato.

Il procuratore dell'attore conclude dichiarando di accettare pienamente le valutazioni formulate dal perito giudiziario.

Il procuratore della convenuta Ecc.ma Camera richiede dichiararsi che l'indennizzo dovuto all'attore non può essere superiore alla somma di £. 97.000.000.

## DIRITTO

L'attore geom. Muscioni Giuseppe, proprietario di terreni con sovrastanti edifici rurali in stato di abbandono siti in località Monte Carlo di questa Repubblica, il 19 maggio 1982 ed il 5 ottobre 1982 ottenne dalla Commissione Tecnica Edilizia le necessarie concessioni amministrative per provvedere alla demolizione dei vecchi fabbricati e per procedere alla costruzione di nuovo, lussuoso edificio.

Eseguite le opere di demolizione, di sbancamento del terreno e di fondazioni dell'erigendo fabbricato, il Consiglio Grande e Generale emanò la legge 15 marzo 1983 n.36 con la quale dispose:

all'art. 1: "A parziale modifica del 1° comma dell'art. 57 della Legge 27 marzo 1981 n.26, le particelle contraddistinte a catasto al Foglio n.54 con i numeri 109 sub. 1 cat. D/7 e sub. 2, cat. A/5 e numero 108 sub. 1, cat. D/7 e sub 2 cat. A/5 situate in località Montecarlo e destinate sulle tavole di Piano Regolatore Generale come "zona agricola" sono trasformate in "zona a vincolo particolare", ed assoggettate alla disciplina prevista dall'art. 28 della citata Legge 27 marzo 1981 n.26";

all'art. 2: "In forza di quanto sancito all'art. 1 che precede sono revocate le autorizzazioni della Commissione Tecnica per l'utilizzazione edificatoria degli immobili citati rilasciate prima dell'entrata in vigore della presente Legge.

Tuttavia il Congresso di Stato dovrà concordare con gli aventi diritto soluzioni compensative, nel rispetto della normativa sul territorio."

**E' principio consolidato ed incontrovertibile che non sono suscettibili di sindacato giurisdizionale ordinario gli atti emanati dal Consiglio Grande e Generale: sia quelli aventi natura formale e materiale di atto legislativo, sia quelli considerabili atti legislativi solamente sotto il profilo formale (le cosiddette leggi – provvedimento), essendo entrambi espressione della potestà d'imperio dell'organo sovrano.**

**L'Ecc.ma Camera pertanto non può essere chiamata a rispondere per responsabilità derivante dall'attuazione di un atto che si qualifica come legislativo.**

Gli aspetti squisitamente politici della destinazione urbanistica che ha ricevuto l'area di Monte Carlo non consentono al privato nessuna discussione avanti a questa Autorità Giudiziaria.

Ciò nonostante, la formulazione del secondo comma del citato art. 2 della Legge n.36 dell'anno 1983, quanto mai scorretta (con l'iniziale "tuttavia" e con le successive "soluzioni compensative") non può certamente consentire al procuratore della convenuta Ecc.ma Camera di affermare, nel corso del giudizio, e di concludere, nelle finali allegazioni, che all'attore spetta unicamente il rimborso delle spese sostenute e del valore dell'edificio demolito, quantificato nella somma complessiva di £. 97.000.000, inspiegabilmente e senza motivazione alcuna determinato in misura inferiore della metà a quella di £. 185.000.000 (da rivalutarsi congruamente) stimata dall'architetto Moretti Luigi e dal dott. Angelini Marino, periti della stessa Ecc.ma Camera.

E' ferma convinzione del giudicante che quelle "soluzioni compensative" debbano comprendere ben altro, e ciò in base alle argomentazioni di seguito esposte.

In merito ai diritti di proprietà e di edificazione, con la sentenza di secondo grado 27 dicembre 1962 (Giurisprudenza Sammarinese, anno 1965, pag. 30) l'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Civili il compianto Prof. Avv. Guido Astuti, autorevolmente affermò: "Un esempio tipico è costituito dal **jus aedificandi, manifestazione di un diritto perfetto qual è il diritto di proprietà e tuttavia condizionato, nel suo esercizio, alla concessione della licenza di costruzione, provvedimento che, si voglia considerarlo di natura autorizzativa o abilitativa, comporta l'affievolimento del diritto stesso, in correlazione al potere che la legge attribuisce all'amministrazione, e difesa di un interesse pubblico generale, preminente rispetto a quello del privato proprietario.**

Questi principi sono indubbiamente vigenti nell'odierno ordinamento sammarinese caratterizzato, a differenza del diritto romano comune, dalla distinzione tra diritti perfetti, diritti affievoliti, e interessi legittimi, chiaramente scolpita nella più recente legislazione, in correlazione con le diverse forme di tutela giuridica, diretta e indiretta o riflessa, offerte dall'ordinamento positivo in correlazione col diverso potere giurisdizionale del giudice ordinario ovvero del giudice amministrativo."

Primaria e fondamentale rilevanza va ovviamente attribuita all'art. 10 della legge 8 luglio 1974 n.59 che solennemente enuncia: "la proprietà e l'iniziativa economica privata sono garantite. La legge ne prescrive i limiti a tutela dell'interesse pubblico. L'esproprio dei beni di proprietà privata è ammesso nelle forme previste dalla legge, per fini di utilità pubblica e dietro congruo indennizzo".

Sempre in merito ai diritti di proprietà e di edificazione questo Giudice, con sentenza di primo grado 22 settembre 1986 (emessa nella causa civile n.46 dell'anno 1980) confermata con la decisione di secondo grado 5 novembre 1990<sup>84</sup>, affermò:

**"Appare opportuno verificare la natura attuale del diritto di proprietà e del jus aedificandi alla luce della più recente legislazione sammarinese. Il legislatore con la legge 15 marzo 1980 n.18, contenente norme per la edificabilità dei suoli, ha fatto uso del termine "concessione" per indicare il provvedimento permissivo dell'attività edificatoria. L'Art. 1 della legge citata dispone testualmente: "la proprietà degli immobili non comprende il diritto ad effettuare trasformazioni urbanistiche ed edilizie. Ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio è soggetta a preventiva concessione perpetua, trasferibile, irrevocabile, rilasciata dall'organo all'uopo designato dalla legge".**

Gli artt. 3, 4 e 5 indicano le caratteristiche della concessione che è onerosa; di essa può essere destinatario solo il proprietario dell'area o chi per lui abbia titolo per richiederla; la concessione è trasferibile ai successori o aventi causa ed è irrevocabile. Sottoponendo l'attività edificatoria al regime della concessione onerosa, secondo una parte della dottrina, il legislatore avrebbe operato una modificazione dello statuto della proprietà fondiaria, scorporando da essa il jus aedificandi che quindi non costituirebbe più un attributo del diritto di proprietà. Al contrario, non sembra che il solo fatto di avere definito il permesso di costruire come "concessione" possa di per sé fornire la dimostrazione che sia avvenuto lo scorporo del jus aedificandi dal diritto di proprietà e che quindi l'atto permissivo abbia nella sua essenza mutato natura rispetto alla preesistente licenza edilizia. Poiché non vi sono opinioni concordi, circa la definizione della "concessione amministrativa", il solo fatto di aver usato questo termine per definire come concessione il permesso, definito in precedenza come "licenza edilizia", è di per sé improduttivo di effetti. Per produrre tali effetti (dando cioè per scontata la sottrazione al diritto di proprietà del jus aedificandi) sarebbe stato necessario che, soprattutto in sede normativa, fosse pacifica la nozione di concessione amministrativa, intesa come provvedimento di attribuzione al privato di un quid novi o che comunque fosse pacifico il criterio per determinare quando si sia in presenza di un quid novi (e quindi di una concessione) e quando invece l'attività consentita con il provvedimento amministrativo rientri già nella sfera del privato, così che questo provvedimento produce solo l'effetto di rimuovere l'ostacolo al suo esercizio. Mentre infatti nelle concessioni traslative di beni e di servizi vi è certezza assoluta che il provvedimento produce l'attribuzione di un quid novi in quanto l'attività il cui esercizio viene conferito al privato è primariamente ed originariamente riservata in via esclusiva alla Pubblica Amministrazione, per le altre concessioni così dette costitutive, in cui non vi è questa riserva originaria, è labile ed incerto il confine tra autorizzazioni e concessioni, proprio per l'incertezza di stabilire se

---

<sup>84</sup> Edite in *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, pag. 1143 s. e pag. 756 s.. Per quanto riguarda i principi concernenti l'espropriazione per pubblica utilità, v. anche la decisione di primo grado del 28 ottobre 1991; Parte seconda, Sezione terza – Decisione di primo grado, n. 54.

l'attività consentita sia già compresa nella sfera giuridica del privato, oppure se si tratti di qualcosa di nuovo che si aggiunge alla sfera delle situazioni soggettive di cui già è titolare. Poiché la definizione giuridica di un istituto deve essere dedotta dalle norme che lo disciplinano, anziché soltanto dalla terminologia usata dal legislatore, è da escludere che in base alla legge n.18 del 1980 possa dirsi verificato lo spostamento della *facultas aedificandi* dal proprietario del suolo all'ente pubblico. Infatti: **1) il proprietario del suolo è l'unico (o chi per lui ne abbia titolo) a poter ottenere la concessione che è preclusa a chiunque altro che invece dovrebbe poterla ottenere alla pari del proprietario se veramente la *facultas* fosse stata separata dal diritto di proprietà; 2) la concessione non può essere rilasciata a chi non sia proprietario indipendentemente dall'espropriazione; 3) il rilascio non è discrezionale come avviene per qualsiasi concessione amministrativa; 4) il risultato dell'attività oggetto della concessione non va a vantaggio del concessionario: se realizzato da soggetto diverso del proprietario va a vantaggio di questi. In conclusione è da ritenersi, in base all'intero contesto della legge n. 18 del 1980 che, nonostante la terminologia usata dal legislatore, la proprietà privata rimane con tutte le sue possibili esplicazioni e quindi il *jus aedificandi* è rimasto nell'ambito del diritto di proprietà. Come la precedente licenza edilizia non era una concessione, non lo è la concessione della legge 15 marzo 1980 n. 18 perché essa non trasferisce nulla dallo Stato al proprietario, ma è unicamente il mezzo con cui lo Stato, sulla base di una regolamentazione prefissata, consente al privato l'esplicazione del suo *jus aedificandi* e lo utilizza affinché l'attività edilizia privata vada a vantaggio dell'interesse della collettività."**

**In conclusione, devono porsi a carico dell'Ecc.ma Camera tutte le diminuzioni patrimoniali reclamate dall'attore, dovendosi accertare sia il "damnum emergens", sia il "lucrum cessans".**

E' infatti criterio fondamentale per la determinazione dell'indennità che la Pubblica Amministrazione ha il diritto di obbligare il privato a subire una modificazione, non già una diminuzione della sua proprietà; occorre pertanto tenere conto non soltanto del valore comune, abituale o venale dell'immobile, ma anche di tutte le circostanze obiettive e subietive che nel caso concreto concorrono ad aumentare od anche a diminuire il valore venale.

E' sul fondamento di questa considerazione che **le leggi positive non parlano di un prezzo, ma di una indennità, la quale costituisce appunto l'insieme di tutto il pregiudizio cagionato dalla trasformazione della proprietà.**

Così l'indennità deve essere commisurata, oltrechè sul valore intrinseco ed attuale dell'immobile:

- 1) **su ciò che si definisce "valore dell'avvenire"**, cioè sul valore maggiore che l'immobile avrebbe acquistato certamente ed in breve se la trasformazione della proprietà non avesse avuto luogo;
- 2) **su ciò che si definisce "valore di convenienza"**, e che risulta da rapporti speciali e personali tra il proprietario e l'immobile, in quanto quest'ultimo profitta al primo molto più di quanto non può profittare ad altri;
- 3) **su quegli accessori che sono di natura tale da non potere essere adoperati altrimenti o altrove, o da non poter esserlo che imperfettamente e con perdita.**



Quando si verifica la violazione del diritto privato, viene ad essere giustificato l'intervento dell'Autorità Giudiziaria al fine di ristabilire l'equilibrio tra le esigenze del corpo sociale e la necessaria incolumità dei diritti privati.

**Dottrina e giurisprudenza hanno sempre e concordemente confermato la massima che l'Autorità Giudiziaria, pur non potendo in nessun caso revocare l'atto amministrativo o legislativo, attrae nella sua sfera di azione il caso in cui gli atti stessi abbiano avuto per effetto una diminuzione del patrimonio del privato.**

In tal modo i procedimenti speciali seguiti in linea amministrativa o legislativa trovano un complemento ed una garanzia nel procedimento giudiziario, che segue le forme ordinarie ed è ovviamente separato e completamente indipendente dai primi.

Non può affermarsi quindi che tutti gli apprezzamenti che devono condurre alla valutazione di una giusta indennità rientrano nell'esclusiva competenza dell'Autorità Giudiziaria.

**Dal principio sopra esposto che la modificazione della proprietà trasforma ma non sopprime né diminuisce la proprietà stessa, si devono desumere tutti i criteri da seguire per pervenire alla determinazione della giusta indennità.**

**Il concetto della trasformazione importa che la situazione patrimoniale del privato dopo la modificazione imposta dalla Pubblica Amministrazione deve essere equivalente a quella da lui goduta prima della modificazione stessa.**

**Questa nulla deve aggiungere o togliere alla somma delle utilità di cui il privato è in possesso.**

**Da ciò scaturisce la nozione economica del patrimonio che è l'insieme di quei valori che si possono tradurre in una somma di denaro e corrisponde a ciò che in diritto romano era chiamato "pecunia".**

Ermogeniano ed Ulpiano concordemente affermano: "pecunia nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur" (Dig. 50, 16, 222).

Considerando questa definizione, in rapporto al possesso di un immobile, si evince che tutte le volte in cui un proprietario subisce o la trasformazione, o la modificazione, o la privazione, egli non soltanto perde ciò che costituisce il valore intrinseco del fondo da lui posseduto, ma viene anche privato di quella attività patrimoniale che è esclusivamente dovuta ai suoi rapporti personali con l'immobile.

**L'indennità quindi deve sempre essere costituita dalla somma dei due fattori, il primo reale od obiettivo ed il secondo personale o subiettivo.**

**I danni personali, quelli che derivano "ex alia causa" del fondo e che perciò esorbitano da ciò che costituisce il giusto prezzo, devono essere risarciti in equa misura.**

Vero è che nella proprietà privata è sempre insita la condizione di dovere essere ceduta o modificata, quando una necessità sociale lo impone.

Occorre tuttavia considerare che nella legge tutto è disposto in maniera di modificare la proprietà a condizione di non apportare al proprietario danni di alcuna specie.

Né vale affermare che i diritti dei privati devono cedere alle esigenze sociali, poiché se l'obbligo di corrispondere al privato un giusto indennizzo è la prova migliore che la legge tutela in maniera assoluta e completa la proprietà privata non si comprende come non si debba osservare un eguale rispetto per la persona del proprietario, cioè per la sua libertà di cui la proprietà è una emanazione.

Non vale neanche sostenere che il provvedimento della Pubblica Amministrazione è un fatto lecito.

**Da questa premessa si può soltanto concludere che nel comportamento della Pubblica Amministrazione non vi è colpa aquiliana e quindi non vi è la responsabilità che vi si riferisce. Ma il risarcimento del danno ben può essere compatibile con un fatto lecito, cioè anche un fatto permesso dalla legge può arrecare ai privati dei danni che devono essere risarciti, sempre che la legge stessa non abbia espressamente escluso tale risarcimento.**

Seppure emessa con specifico riferimento all'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità, ben può applicarsi alla presente fattispecie la motivazione della sentenza di primo grado 25 agosto 1934 (Giurisprudenza Sammarinese, 1933-1934, pag. 124).

L'impareggiabile Commissario della Legge avv. Giacomo Ramoino affermò: "La regola che "non reca danno chi usi di un suo diritto" come è chiaramente spiegato dal paragrafo 12 della legge 24 del Digesto, de damno infecto (Lib. XXXIX, Tit. II) esclude la responsabilità solo nel caso che coll'esercizio dei diritti si privi altri di una semplice utilità o vantaggio, non già quanto si opera a danno di lui la effettiva diminuzione o distruzione di una attività patrimoniale (Cass. Roma 15 gennaio 1894, Giurispr. Torin. XXXI, 244).

Resta, dunque, fermo che nei casi simili all'attuale può farsi richiamo sia alla colpa aquiliana sia all'art. 28 della Legge sulle espropriazioni a causa di pubblica utilità. Ma poiché "in toto jure", generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est (L. 80 D., De reg. juris, 50, 17) e poiché l'opera di cui si tratta è stata dichiarata di pubblica utilità così si decide che debba essere applicata la disposizione della legge speciale, il cui scopo è appunto quello di contemperare le esigenze della pubblica utilità con quelle della inviolabilità dei diritti privati.

L'art. 28 sopra richiamato dispone: "E' dovuta una indennità ai proprietari dei fondi, i quali dalla esecuzione dell'opera di pubblica utilità vengano a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto. La privazione di un utile, al quale il proprietario non avesse diritto, non può mai essere tenuto in calcolo nel determinare l'indennità".

In base a tale articolo è da affermare:

**"1) Che è risarcibile il danno ancorchè non volontario né colposo quando sia permanente e derivato dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto** (Cass. Roma 23 dicembre 1898 Corte Suprema, XXIII, 1, 405 – 5 dicembre 1932, Giur. Ital. 1, 1, 78);

**2) Che solo il danno reale deve essere risarcito e non anche la privazione di un utile (tranne il caso dell'offesa di una servitù regolarmente costituita per la conservazione dell'utilità) e ciò in piena applicazione della già accennata distinzione posta in evidenza dal giureconsulto romano;**

**3) Che il danno deve essere arrecato a un fondo e, quindi, ad un immobile rustico o (come nella fattispecie) urbano;**

**4) Che il danno deve essere permanente.** Sono danni permanenti quelli che rimangono o si producono oltre il compimento dell'opera pubblica come conseguenza di una definitiva perdita o diminuzione di un diritto, la quale rimarrà pur dopo che l'opera è stata compiuta. Sono danni transeunti invece quelli che prodotti dai lavori di esecuzione dell'opera pubblica, non durano oltre il compimento dell'opera o di quella parte di essa alla cui esecuzione sono connessi;

**5) Che il danno deve consistere nella perdita o nella diminuzione di un diritto".**

Nella dotta, ampia ed articolata relazione peritale, l'ing. Franco Capicchioni, perito giudiziario, ha tenuto esatto conto dei principi di diritto sopra esposti, ha correttamente interpretato ed applicato le norme di legge in materia vigenti, ha applicato giusti indici di svalutazione monetaria.

Non è possibile e soprattutto appare superfluo riportare in sentenza tutte le motivazioni addotte ed i complessi calcoli tecnici eseguiti dal perito giudiziario che tuttavia, in ogni caso, devono intendersi qui integralmente riprodotti.

Il giudicante dichiara di accettare in ogni loro parte le conclusioni peritali e di farle proprie.

Deve così definitivamente accertarsi e determinarsi il complessivo indennizzo spettante all'attore geom. Muscioni Giuseppe nella somma di £. 821.588.565=.

Va altresì accolta la conclusione peritale che non può tenersi alcun conto dell'ipotetico valore odierno che potrebbe attribuirsi alla ricostruzione del vecchio edificio demolito poiché "allo stato attuale della normativa è impossibile la ricostruzione sulle particelle n.108 e n.109 dell'edificio rurale demolito".

La generica ed immotivata presunzione del procuratore della parte convenuta di contestare la validità delle conclusioni peritali d'ufficio, senza poi nemmeno tener conto della perizia della stessa parte convenuta, può riferirsi ad una nota e costante giurisprudenza che aveva confermato i principi seguenti:

- 1) **la perizia giudiziale ha l'efficacia di un ordinario mezzo di prova;**
- 2) **per dimostrare l'erroneità dei criteri seguiti dal perito, il maggiore o minore valore di un bene mobile o immobile, l'entità dei danni arrecati a persone o cose, nel combattere in una parola, le risultanze di merito della perizia giudiziale, le parti possono valersi di qualsiasi altro ordinario mezzo di prova, e specialmente di documenti, di deposizioni, di testimoni, di pareri contrari di altri esperti;**
- 3) **il giudicante deve tenere conto da una parte della perizia giudiziale e dall'altra parte dei motivi e delle prove dell'opposizione;**
- 4) **se le critiche alla perizia giudiziaria non hanno fondamento, tale perizia, in via di massima, è da tenere ferma; se invece le critiche hanno in tutto o in parte fondamento, allora la perizia deve essere opportunamente riformata;**
- 5) **tale riforma o modifica è compiuta dal giudicante: di ufficio ove esistano in atti tutti gli elementi occorrenti; dietro chiarimenti forniti dal perito ove esistano incertezze od oscurità; in base a nuova perizia giudiziale quando i difetti della prima siano così gravi da lasciare nel dubbio l'animo del Magistrato e da privarlo dei lumi necessari per rendersi ragione del vero stato delle cose e per risolvere secondo giustizia le dibattute questioni.**

Tale indirizzo giurisprudenziale, pur se ampiamente consolidato, non può più essere ulteriormente seguito ed applicato, in particolare dopo la decisione di terzo grado emessa in data 8 novembre 1988 dal Consiglio dei XII (nella causa civile sommaria n.392 dell'anno 1977 vertente tra Gatti Giovanni e Giacomoni Aleardo) che ha fatto proprio ed ha integralmente accolto il parere espresso dal Consulente nominato prof. Victor Crescenzi. Con somma autorevolezza il Giureconsulto ha affermato: "La domanda che deve essere formulata per impostare correttamente il problema è: a quale figura di perito si riferiscono le norme (sia di ius comune, sia dello Statuto sammarinese) sopra richiamate, che concedono così ampio spazio nel processo di formazione del giudizio e, definitiva questa, quali dei consulenti tecnici che hanno partecipato al presente giudizio integrano le figure peritali delineate nelle norme sopra richiamate? Per rispondere a

quest'ultimo interrogativo si deve guardare al rapporto che, nelle fattispecie adombrate nei passi del Corpus iuris sopra allegati, viene ad instaurarsi tra la figura di esperto in una determinata arte e il giudizio nel quale egli s'inserisce. In tale senso ciò che accomuna gli architetti delle Novelle agli agrimensores del Codice e alle obstettrices del Digesto è il fatto che il loro potere proviene dal – e in certo senso si delinea come esplicazione del – potere decisorio del giudice, che commettendo al magister la risoluzione del punto tecnico di una certa controversia, gli delega una porzione (in senso qualitativo), per così dire, della sua potestà giurisdizionale. Per questo la qualità di perito nella causa non scaturisce altro che dalla valutazione fiduciaria compiuta dall'organo dotato del potere giudiziario, che si formalizza nell'atto della nomina da parte del giudicante, la quale non può mancare. Il rapporto fiduciario con le parti, almeno nelle fattispecie sopra estratte dal Corpus iuris, risulta del tutto irrilevante, tanto che non vi è fatto cenno. Se ne deve concludere che **un magister, esperto in una ars in tanto è perito giudiziale, in tanto è soggetto del rapporto processuale instauratosi con la venuta in essere d'un determinato giudizio in quanto ripeta la sua qualità – e riceva la sua nomina – dall'autorità che ha la giurisdizione in quel determinato giudizio. In quanto tale al perito è commessa la decisione sul punto tecnico. Per questo non si tratta, nel diritto comune, del perito come organo ausiliare del giudice, bensì di un organo dotato d'un quid più intenso, dotato cioè d'un suo specifico munus, che lo pone, sul punto tecnico, allo stesso livello del giudice, il quale non ha potere di valutazione sul merito della perizia in quanto tale. La nomina del giudice non è l'ordine ad una collaborazione, ma la delega d'un giudizio e perciò tale nomina non solo non può ovviamente mancare, ma è la fonte del potere del perito.**

Vediamo, però come in tale contesto si situa – e che incidenza vi abbia – la norma contenuta nella rubrica II, 52 dello Statuto.

L'indagine è indispensabile poiché essa serve ad individuare la norma che regola la materia delle perizie giudiziali nell'ordinamento sammarinese, visto che non esiste, nello Statuto una norma generale che detti la disciplina di questa figura processuale. Ora la norma contenuta nella rubrica II, 52 dello Statuto, cpv. 2 ss., attribuisce alle parti l'onere della nomina di magistrati “ad videndum praedicta iuxta artis suae peritiam”, previo invito in tal senso dei giudici, relativamente alle materie espone nel cpv. precedente. In caso di inerzia delle parti i giudici “possint cume eis, vel eorum altero vel etiam sine, huiusmodi controversiam, ut praedicitur, terminare”. Al referto peritale è attribuito valore decisorio, sempre nelle materie elencate al cpv. 1, nel senso che esso concorre positivamente alla formazione del giudizio, come dispone il cpv. 4: “et quicquid in praedictis et circa praedicta Domini Capitanei declaraverint, secundum declarationem, vel censum huiusmodi arbitrorum seu magistrorum, in casu, quo assumpti fuerint ...”. Da tutto ciò emerge come la figura del magister in parte sua peritus è modellata su quella dell'arbitrator sia per quanto attiene alla procedura di nomina, sia per quanto attiene all'efficacia della sua pronuncia; e come gli arbitri sono eletti in contraddittorio dalle parti e rappresentano, per così dire, il contraddittorio, essendo scelti da entrambe le parti, così per il magister, in diritto sammarinese, al rapporto fiduciario con le parti non può mancare quella rappresentazione del contraddittorio a cui si è fatto rapido cenno sopra.

Se quindi per il diritto comune il potere del perito deriva direttamente dal giudice, e sembra essere emanazione del suo potere giurisdizionale, nella speciale disciplina dettata nello Statuto, sia pure nel caso contemplato dalla Rubrica II, 52, il potere del perito, che qui si costruisce necessariamente come collegio peritale, deriva, seppure non

esclusivamente almeno anche dalle parti, è probabilmente emanazione di quel potere dispositivo che hanno le parti del processo, che qui viene riconosciuto ampiamente dall'ordinamento e che, se non esercitato – qualora cioè, le parti siano inerti – viene surrogato dalla giurisdizione che o provvede direttamente alla nomina, sia pur col concorso della parte attiva, o provvede direttamente alla decisione, l'inerzia evidentemente essendo interpretata come rinuncia all'affidamento dell'esame dell'aspetto tecnico della controversia ad un esperto con conseguente ricaduta sul giudicante della delibazione circa la tecnicità di tale esame, circa la sua rilevanza nella causa, e quindi circa la necessità di ricorrere ad un magister.

Da tutto ciò emerge che nessuno dei cosiddetti periti intervenuti nella causa in esame in realtà integra la fattispecie che abbiamo analizzato sopra: non la fattispecie delineata dal diritto comune, poiché in questo sistema è prevista una nomina del giudice che commette al perito una decisione sul punto tecnico della controversia, nomina che qui è del tutto assente; ma nemmeno la fattispecie disciplinata dallo Statuto, poiché qui, la figura del giudice assume un rilievo sussidiario e indiretto (emergendo solo in caso d'inerzia delle parti all'invito del giudice, nel qual caso si ricadrebbe nella disciplina di diritto comune). La nomina del perito in collegio avviene col concorso determinante delle parti che vi devono provvedere secondo un procedimento esemplato su quello della nomina degli arbitri. Quindi o conjunctim o anche divisim, ma evidentemente, in quest'ultimo caso, con la volontà di porre in essere un atto complesso che ha rilevanza processuale tale da coinvolgere tutte le parti del processo: appunto la decisione sul punto tecnico. Il lavoro stesso dei singoli periti, poi, per aver rilevanza processuale deve confluire a comporre il lavoro del collegio.

Dall'esegesi della norma statutaria, infatti, risulta chiaramente che **la nomina del perito deve avvenire nel processo, è un atto del processo e, quando avviene, ne fa parte integrante: insomma non è atto privato, individuale o unilaterale di una delle parti: è un subprocedimento, per così dire, che s'inscrive pienamente nel procedimento principale d'innanzi al giudice ed è finalizzato alla sentenza del giudice.** La nomina, da una sola parte, d'un esperto che la assista nello svolgimento di quegli accertamenti tecnici (appunto di parte) rilevanti per la tutela delle proprie ragioni nel processo non è nemmeno assimilabile alla nomina del difensore poiché questa è atto del processo che in sua assenza non può andare avanti (tanto che anche qui, in caso d'inerzia della parte, sopravviene il potere di surrogazione del giudice che le attribuisce un difensore d'ufficio), questa rimane confinata in un'area di piena ed esclusiva disponibilità della parte nella scelta della propria linea difensiva e degli strumenti più idonei a perseguirla e realizzarla, che non ha, per sé, una rilevanza processuale diretta.

In conclusione, il giudicante non può che accogliere integralmente e fare proprio il giudizio del perito giudiziario, poiché trattasi di giudizio tecnico incidente sul giudizio giuridico sul quale ha influenza decisiva.

In base a tutte le considerazioni sopra esposte, in fatto ed in diritto, la convenuta Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino deve essere condannata al pagamento in favore dell'attore geom. Muscioni Giuseppe del complessivo indennizzo di £. 821.588.565=.

Sulla predetta somma sono dovuti gli interessi, alla legale ragione del sette per cento, dalla data della citazione al saldo.

Le spese, compresa quella della perizia giudiziaria, anticipate dall'attore, e gli onorari del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò posti a totale carico della convenuta Ecc.ma Camera.

## 61.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 4 marzo 1992.

Valentini Domenico (Avv. P.L. Bacciocchi) : Casadei Valentini Augusto, Edgardo, Loretta (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 286, anno 1985.

**Eredità – Erede legittimario – Credito di legittima – Prova testimoniale contro le risultanze documentali – Inammissibilità – Controdedichiarazione – Efficacia solo tra le parti contraenti e non di fronte ai terzi.**

*L'atto pubblico fa piena fede, cioè prova piena, può essere impugnato solamente con la querela di falso.*

*In mancanza di querela, esso prova pienamente i fatti, narrati e descritti nell'atto medesimo dal pubblico ufficiale, anche nei confronti dei terzi.*

*La controdedichiarazione, fatta per atto pubblico, può avere effetto anche verso i terzi ed estranei, rispetto alle parti contraenti, ma questo effetto non può essere maggiore di quello che avrebbe, nei confronti dei medesimi, la cosa giudicata "inter alios" o la transazione, stipulata sempre "inter alios".*

---

DIRITTO

1. Valentini Luigi, cittadino sammarinese, deceduto il 27 maggio 1972, con testamento nuncupativo rogato dal Notaio Avv. Selva Alvaro il 19 aprile 1970, così dispose del suo patrimonio, essenzialmente costituito di beni immobili siti in località Dogana:

istituì eredi generali della nuda proprietà, in parti eguali, i nipoti "ex filia" Casadei Valentini Augusto, Edgardo e Loretta;

designò usufruttuario il genero Casadei Valentini Vito;

designò eredi della sola quota di legittima i figli Angelo, Giuseppina e Domenico.

Con pubblico atto rogato dal Notaio Avv. Berti Gian Luigi il 14 novembre 1984 i legittimari Valentini Angelo e Valentini Giuseppina dichiararono di ricevere dagli eredi generali la somma di £. 60.000.000= per ciascuno a tacitazione del credito di legittima loro spettante sull'eredità morendo dismessa dal loro padre Valentini Luigi, rilasciarono ampia e finale quietanza delle predette somme e consentirono alla radiazione dell'annotazione del credito dai Registri Immobiliari.

All'istanza dell'attore erede legittimario Valentini Domenico i convenuti eredi generali oppongono:

1) essi convenuti, cittadini forensi, acquistarono i beni immobili di proprietà di Valentini Luigi al quale tuttavia rimasero fittiziamente intestati, al fine di evitare il ricorso al Consiglio dei XII per ottenere l'autorizzazione all'intestazione dei beni medesimi;

2) contrariamente a quanto dichiarato nel pubblico atto in data 14 novembre 1984, i legittimari Valentini Angelo e Giuseppina, non avendone diritto, non percepirono

somma alcuna essendo la dichiarazione unicamente necessaria al fine della cancellazione del credito di legittima dai Registri Immobiliari.

E' subito a dirsi che dell'asserita compravendita dei beni immobili i convenuti non hanno fornito la benchè minima prova.

In relazione a ciò e con più specifico riferimento all'azione proposta dai convenuti in via riconvenzionale nei confronti dell'attore, occorre anche qui ed ancora una volta ribadire che **la questione dell'onus probandi e del thema probandum, cioè la questione di chi debba provare e che cosa sia da provare, che sorge al riguardo, deve essere risolta secondo i due principi famosi, dettati dalla sapienza e dalla logica dei giurenconsulti romani: "semper necessitatis probandi incumbit illi qui agit"** (Marcianus, D. 22.3.21 in fine = Inst. 2.20.4 in fine) **e "reus in exceptione actor est"** (Ulpianus, D. 44.1.1.). Dei fatti, dunque, che costituiscono il presupposto dell'azione spetta all'attore offrire le prove e di quelli che formano il presupposto dell'eccezione le prove debbono essere fornite dal convenuto (Paulus, D. 22.3.2.; "Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat"; Ulpianus, D. 22.3.19 pr. "In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere ..."). **Come corollario ai due precedenti principi si pone poi quello, altrettanto noto ed importante, in base al quale la parte cui spetta di fornire la prova non può sottrarsi al relativo onere e riversare sull'avversario la prova contraria.**

2. In via preliminare, con la presente sentenza, vanno confermati i decreti istruttori emessi:

- 1) il 19 maggio 1987 con il quale la parte convenuta è stata dichiarata decaduta dal diritto di fare esaminare il teste Avv. Selva Alvaro "per non aver provveduto alla notifica del decreto in data 24 marzo 1987 del quale era tenuta a prendere atto";
- 2) il 26 gennaio 1988 con il quale è stata respinta l'istanza di parte convenuta 5 novembre 1987 "in quanto non può essere assolutamente sentito come teste il fratello di una delle parti in causa: frater nec pro fratre nec contra fratrem testis admittitur";
- 3) il 24 gennaio 1989 con il quale è stata respinta l'istanza di parte convenuta 22 dicembre 1988 per essere stata avanzata dopo la scadenza del termine reprobatorio;
- 4) il 6 aprile 1989 con il quale è stato dichiarato: A) "nonostante l'identità della persona indotta (Valentini Angelo), l'esame testimoniale è prova essenzialmente diversa, per validità, finalità, efficacia, dall'interrogatorio a chiarimento senza il vincolo del giuramento"; B) "l'inutilità di fissare ulteriori udienze per l'espletamento del giudiziale contraddittorio fra le parti in causa quando appare manifesta la volontà dell'attore di non intervenire all'esecuzione della prova".

La validità formale e procedurale dei provvedimenti istruttori trova conferma nella motivazione, relativa ad analoghe fattispecie, della sentenza di secondo grado 11 novembre 1981<sup>85</sup>, emessa nella causa civile n.126 dell'anno 1978.

Oltre a ciò deve affermarsi che le prove riferite oltre che ininfluenti, erano e restano palesemente inammissibili.

Seguendo l'opinione già espressa dal Giannini (Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese, Seconda Edizione 1967, pag. 71) l'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Civili il prof. Avv. Guido Astuti con la decisione 9 aprile 1970 (Giurisprudenza Sammarinese, anni 1970-1980, pag. 143) affermò: "Non sembra possibile dubbio sulla inammissibilità delle dedotte prove, sia per contrasto con espressa

---

<sup>85</sup> Edita in *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, pag. 543 s..

clausola contrattuale, sia anche per contrasto con il principio, ben fermo nel diritto romano giustiniano, per cui “*contra scriptum, testimonium non scriptum non profertur*” (1.1 Cod. 4, 20 ‘*de testibus*’) e con l’insegnamento dominante della giurisprudenza del diritto comune, per cui la prova testimoniale contro le risultanze documentali – soggette per altro ad impugnativa di falso – è ammessa solo eccezionalmente, nel concorso di particolari e concludenti circostanze che possano giustificarla, in speciali fattispecie”.

3. Inspiegabilmente e senza alcuna motivazione, non sussistendo il benchè minimo impedimento alla regolare produzione nel lungo corso del giudizio, il procuratore della parte convenuta ha allegato “in manica” alla memoria conclusionale il documento che appare opportuno trascrivere integralmente e testualmente: “Repubblica di San Marino, lì diciannove aprile millenovecentosettanta.

I sottoscritti Valentini Domenico, Angelo e Giuseppina di Luigi, tutti residenti a San Marino, preso atto del testamento pubblico del loro padre Valentini Luigi fu Davide dal quale i sottoscritti sono stati istituiti eredi nella quota legittima

**DICHIARANO**

di essere stati liquidati dai restanti eredi Casadei Valentini Edgardo, Augusto e Loretta di Vito di ogni loro diritto di legittima per cui si impegnano fin da ora per loro e successori a nulla più richiedere al riguardo rilasciando con ciò ampia finale quietanza di legittima.

**VALENTINI ANGELO**

**VALENTINI GIUSEPPINA**

**VALENTINI DOMENICO**

Certifico io sottoscritto Dott. Alvaro Selva che le superiori firme sono state apposte alla mia presenza dai Signori Valentini Domenico, Angelo e Giuseppina di Luigi, tutti residenti a San Marino, persone a me note, maggiori e giuridicamente capaci.

In fede

Avv. Alvaro Selva”

Il documento allegato in copia semplice, senza certificazione di conformità e di autenticità, non appare registrato: l’irregolarità fiscale già di per sé stessa impedirebbe al magistrato di esaminarlo e di tenerne il debito conto; è chiaro comunque che in base ad esso non può essere consentita la riapertura del giudizio per la valutazione in contraddittorio fra le parti.

**In merito alla produzione “in manica” scrisse il Giannini: “I documenti si possono produrre in qualunque momento della causa, cioè dalla prima comparizione fino a che l’istruttoria sia chiusa mercè assegnazione del termine ad allegare. Più tardi si potranno esibire a fine di schiarimento, ma il giudice non può tenerne conto per la sua decisione.**

A queste condizioni, e non altrimenti, è ammissibile la produzione serotina, detta comunemente “in manica”. **Fu però giudicato che qualora il documento prodotto fosse manifestamente decisivo, devesi piuttosto che commettere un’ingiustizia (summun jus) riaprire la istruttoria assegnando alla parte avversaria copia del documento ed un termine per dedurre contro il medesimo.**

Contro ciò potrebbe obiettarsi che, spirati i termini probatori, sembra più giusto che la parte debba ricorrere in appello sopportando le spese del giudizio di primo grado come derivazione della sua negligenza.” (Sommario Cit., pag. 65).

La dichiarazione contenuta nell’atto, che porta la stessa data del testamento di Valentini Luigi, non è credibile in quanto a nessuno è consentito di “prendere atto” di un testamento prima dell’apertura della successione, potrebbe avere unicamente, come



riconosce esplicitamente lo stesso procuratore della parte convenuta, “un valore morale perché sono nulli gli atti che riguardano eredità futura”.

Al documento non potrebbe neppure, di fronte al pubblico atto rogato dal Notaio Avv. Berti il 14 novembre 1984, attribuirsi l'efficacia di controdedichiarazione.

Con la consueta autorevolezza, nell'unico precedente giurisprudenziale conosciuto, la sentenza 30 marzo 1923 (Giurisprudenza Sammarinese, anno 1923, pag. 20) il Commissario della Legge Avv. Giacomo Ramoino affermò: **“sulle domande attrici è subito da dichiarare:**

**1) che la attestazione del notaio rogante l'atto “di essere state, in sua presenza, versate dai compratori al venditore lire quattromila in buona e corrente moneta italiana” non può essere distrutta che con querela di falso.**

E poiché questa non fu proposta, così l'atto notarile deve ritenersi valido e sussistente, e con esso la dichiarazione che il denaro fu effettivamente consegnato a totale pagamento del prezzo stabilito per l'immobile;

**2) che la scrittura privata 29 aprile 1922 è una controdedichiarazione.**

**Tale vocabolo esprime quell'atto scritto che, per volontà dei suoi autori deve rimanere segreto per un tempo più o meno lungo e che ha per iscopo di modificare gli effetti di un altro atto ostensibile, pubblico o privato, fatto contemporaneamente o precedentemente ...** Sebbene le controdedichiarazioni siano per lo più dettate da spirito di frode alla Legge (in pregiudizio dei terzi e specialmente dell'Erario pubblico), tuttavia, in omaggio all'ampia libertà dei contraenti, è da decidere che esse sono permesse e valide.

**Ma con una evidente limitazione che hanno effetto solo fra le parti contraenti e non di fronte ai terzi.**

**In altre parole di fronte ai terzi ha efficacia e valore l'atto pubblico; di fronte ai contraenti ha efficacia anche la controdedichiarazione”.**

4. La decisione citata è ovviamente ineccepibile ma è di estrema concisione.

La singolarità e forse più vero-similmente l'unicità della fattispecie induce ad argomentare più ampiamente a riguardo della prova documentale e della sua efficacia.

**Le scritture giuridiche di interesse privato sono, quanto alla forma, alcune puramente private, ossia formate dalle parti senza qualità o concorso di pubblico ufficiale; altre qualificate come atti pubblici, formate con l'intervento continuo di pubblico ufficiale in tutto il contenuto dell'intero atto; altre infine, fatte da persone private, sono soltanto autenticate da un pubblico ufficiale e tengono un luogo intermedio tra la semplice scrittura privata non autenticata e l'atto pubblico.**

Questa gradazione delle scritture produce effetti diversi, non quanto alla prova ed alla sua intensità ed estensione, ma quanto alle relazioni tra essa ed i modi legittimi di impugnarla.

**L'atto pubblico fa piena fede, cioè piena prova.**

**Può solamente essere impugnato con la querela di falso, sia in via penale che in via civile.**

**In mancanza di querela, esso prova pienamente i fatti seguiti alla presenza del pubblico ufficiale, narrati e descritti nell'atto medesimo.**

**Se l'atto è convenzionale prova parimenti la convenzione che vi si trova espressa.**

**Evidentemente anche la scrittura privata fa piena prova, ma solamente per quanto le parti abbiano dichiarato o consentito, e soltanto nelle relazioni tra le parti medesime ed i loro eredi o aventi causa.**

**Per opposto gli atti pubblici, quanto alle cose autenticamente affermate in essi dal pubblico ufficiale circa i fatti seguiti in sua presenza, fanno prova anche riguardo ai terzi, sia per la data certa dell'atto, sia per l'identità delle parti, sia per l'autenticità delle sottoscrizioni.**

**Le affermazioni e dichiarazioni autentiche fatte in tal modo nell'atto dal pubblico ufficiale appartengono propriamente al genere della prova per iscritto; mentre le dichiarazioni simili fatte dalle parti nella scrittura privata non sempre appartengono al medesimo genere, potendo valere in alcuni casi come confessioni stragiudiziali.**

**La scrittura privata non riconosciuta non fa prova né del contenuto, né delle sottoscrizioni; chi vuol farla valere, nel caso di disconoscimento, deve richiederne la giudiziale verifica.**

Le controdedichiarazioni, se fatte per atto pubblico, possono avere effetto anche verso coloro che sono persone terze ed estranee rispetto alle parti contraenti ed ai loro successori a titolo universale.

Ma l'effetto delle controindicazioni verso i terzi non può essere illimitato, né maggiore di quello che avrebbe nei confronti dei medesimi la cosa giudicata "inter alios" o la transazione fatta sempre "inter alios".

Già il diritto romano aveva nitidamente delineato i limiti precisi di tale effetto (Dig., de transactionibus, 2, 15, 3; Dig., de re iudicata, 42, 1, 63).

Detto effetto non poteva tornare a danno dei terzi nuocendo alle azioni od alle eccezioni competenti ai terzi medesimi.

**Nessuna forza e nessun effetto ha, riguardo ai terzi, la controdedichiarazione fatta per scrittura privata,** cosicchè inutilmente il terzo dichiarerebbe di volersi giovare di una qualunque stipulazione fatta a suo favore della controdedichiarazione di forma privata.

Tutto ciò porta a concludere che, poiché il magistrato deve giudicare "secundum alligata et probata", la certezza alla quale deve aspirare chi giudica non è la certezza morale, ma la certezza legale, scopo finale del giudizio.

Dottrina e giurisprudenza concordemente sostengono che il giudicato irrevocabile contiene il vero giuridico: "res iudicata pro veritate accipitur".

In base alle premesse considerazioni, in fatto ed in diritto, deve affermarsi che l'azione proposta in via principale dall'attore Valentini Domenico è fondata e provata e deve pertanto essere accolta, conseguentemente respingendo in quanto infondata l'azione proposta in via riconvenzionale nei confronti dell'attore da parte dei convenuti.

Questi ultimi dunque vanno solidalmente condannati al pagamento in favore dell'attore Valentini Domenico della richiesta somma di £. 60.000.000=.

Essendo il diritto alla quota legittima un diritto di credito, gli interessi, alla ordinaria ragione, decorrono dalla data della citazione, a meno che non risulti che gli eredi debitori siano stati, in epoca anteriore, posti in mora.

Nel caso presente non risulta che l'attore abbia formalmente costituito in mora i convenuti e pertanto gli interessi sono da concedere dalla data della citazione.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste integralmente e solidalmente a carico dei convenuti.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 8 marzo 1992.

Zafferani dott. Enzo e Cecchetti dott. Vincente, quali liquidatori della S.A. Grandi Liquori (Avv. M. Micheloni) : Baratti Franco (non comparso) – Causa n. 297, anno 1990.

**Contratto di rappresentanza con mandato alla riscossione di crediti – Deposito degli stessi presso il mandatario – Omessa restituzione – Compensazione – Inammissibilità.**

*E' obbligo del depositario di restituire al mandante le stesse cose individue riscosse e non altrettante dello stesso genere.*

*E' inammissibile la compensazione in presenza di un deposito, non avendo il depositario il diritto di ritenzione, né azione personale o reale verso il depositante.*

---

FATTO

Con istanza di citazione depositata il 12 novembre 1990 gli attori hanno chiamato avanti questo Tribunale il convenuto per sentirlo “condannare al pagamento della complessiva somma di £.160.996.484= per pagamenti ricevuti e mai inviati alla s.a. Grandi Liquori, oltre gli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria dalla data del presunto furto al saldo, con vittoria di spese ed onorari di causa”.

Lamentano gli attori che il convenuto, il giorno 12 giugno 1984, in Roma, mentre era in possesso della somma di £. 152.139.169=, in parte in contanti ed in parte in assegni, di proprietà della s.a. Grandi Liquori, ha affermato di essere stato derubato della predetta somma.

Lamentano altresì gli attori che il convenuto era già debitore verso la predetta società per la somma di £.8.857.315=, per pagamenti ricevuti nella sua qualifica di “viaggiatore e piazzista”, somma mai restituita.

Il procuratore degli attori, preso atto che il convenuto si è reso irreperibile, come risulta dalla relata di notificazione regolarmente effettuata dall'Ufficio Unico notificazioni della Corte d'Appello di Roma, ha ritenuto di dover richiedere la notifica mediante affissione *ad valvas Palatii, more forensium*, che è stata eseguita per due volte successive.

Riprodotta la citazione nell'interesse delle parti attrici, il procuratore ha richiesto l'apertura del termine di prova, durante il quale sono stati ammessi i documenti depositati con l'istanza di citazione.

Successivamente gli attori hanno rinunciato agli ulteriori termini di prova in loro favore, chiedendo l'apertura dei termini reprobatori e di controprova.

Tutti i decreti di apertura dei termini di prova sono stati regolarmente notificati al convenuto sempre mediante affissione *ad valvas Palatii, more forensium*.

Risulta che il convenuto, con due distinte denunce, rese all'Autorità di Polizia italiana, ha dichiarato di essere stato derubato il giorno 13 giugno 1984, dapprima della somma di £. 195.556.047= in assegni, cambiali e contanti, precisando che quella in contanti ammontava a £. 86.885.047=, somme di proprietà della s.a. Grandi Liquori, poi della

sola somma di £. 87.000.000= in contanti, e non dei titoli, che ammontavano a £. 65.254.122=.

Tra l'una e l'altra denuncia ha però richiesto alla s.a. Grandi Liquori di poter incassare la somma di £. 63.754.122=, relativa ai suddetti titoli rimasti in suo possesso, "a compensazione parziale" del suo credito di £. 162.086.764= verso la società, derivante dal trattamento di quiescenza per fine rapporto di lavoro.

Risulta infine, sempre dai documenti prodotti, che, davanti al Tribunale di Roma, Seconda Sezione Penale, il convenuto è imputato del delitto previsto e punito dagli art. 646, 61 n.11, 61 n.7 del Codice Penale italiano "perché per procurarsi un ingiusto profitto, abusando del rapporto di agenzia intercorso con la Grandi Liquori s.a. ed esattamente in qualità di coordinatore di zona per gli agenti del Lazio, si appropriava di denaro contante per lire 86.885.047 e di titoli per lire 62.254.122, provento degli incassi effettuati per conto della predetta società, come da distinte 20 aprile 84, oltre a £. 8.857.315 quale differenza non versata relativa alla distinta 27 febbraio 84. Accertato in Roma con denuncia del 18 luglio 84".

Aperto il termine ad allegare, avendo il procuratore degli attori depositate le memorie, si è provveduto all'irrotulazione: la causa, posta *pro servato*, é stata trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore delle parti attrici ha così concluso: "condannarsi Franco Zaratti al pagamento della complessiva somma di £. 159.496.484= per vera sorte, oltre agli interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data del presunto furto (12 giugno 1984) al saldo, con vittoria per spese ed onorari di causa che sin d'ora si chiedono liquidare al giudice decidente".

Nulla è stato allegato nell'interesse del convenuto, che non si è mai costituito.

## DIRITTO

1) Secondo il § 100 della rub. III del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, **il cittadino straniero non residente in Repubblica, che non può essere citato personalmente - *personaliter* - o nella sua abitazione - *domi eius solitae habitationis* - , viene citato *ad valvas Palatii ubi ius redditur*, e cioè mediante l'affissione della citazione alla porta del Tribunale Commissariale per ben due volte.**

Nel caso di specie il convenuto è stato anche regolarmente citato dagli Ufficiali Giudiziari italiani, competenti per territorio, e "nelle forme stabilite dalle leggi dello Stato in cui la notifica deve aver luogo", a norma dell'art. 10 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato, convenzione stipulata tra i due Stati il 31 marzo 1939, e del successivo accordo aggiuntivo, stipulato tra le stesse parti il 28 febbraio 1946, perché è un cittadino italiano residente in Italia.

Si ritiene pertanto che il convenuto sia stato regolarmente citato.

2) La domanda delle parti attrici volta ad ottenere la condanna al pagamento della somma di £.159.496.484=, a titolo di credito, vantato per incassi effettuati dal convenuto nell'interesse della s. a. Grandi Liquori, può ritenersi fondata, anche se deve essere accolta parzialmente nel suo ammontare.

Tra le parti è intercorso un contratto di rappresentanza con mandato alla riscossione dei crediti della società e conseguente deposito degli stessi presso il convenuto. Chiarisco che non trattasi di deposito irregolare, neppure per quelle parti come le somme, che sono normalmente considerate fungibili; è invece posto a carico del convenuto l'obbligo di

restituire le stesse cose individue, e non altrettante dello stesso genere. Il deposito irregolare avrebbe dovuto essere espressamente pattuito tra le parti: di un tale patto non ne è stata data prova alcuna in atti.

E' stabilito infatti a D.16,3 29 che "si *sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contractaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit*. Si ex *permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur*" – "se depositai un sacchetto, o argento sigillato, e quegli presso cui fu depositato, contro mia volontà lo distornò, mi compete contro di lui l'azione di furto, e di deposito. Se per mio permesso quegli presso del quale il denaro fu depositato, se ne serve, come negli altri giudizi di buona fede, viene astretto a tal titolo corrispondermi gli interessi".

Una tale situazione risulta dalla lettera inviata dal convenuto per richiedere alla società di poter incassare i titoli. Ciò rileva non ai fini della collaborazione intervenuta tra le parti, che non è materia del contendere, ma perché è prova che il convenuto avesse una mera detenzione, sicuramente dei titoli, ma anche della somma appartenente alla s.a. Grandi Liquori, per averla riscossa nell'interesse della stessa e soltanto trattenuta temporaneamente in deposito.

In tale lettera il convenuto ha anche dichiarato che i titoli non gli erano stati sottratti, e ha proposto di anticipare il pagamento della sua liquidazione in conseguenza della fine rapporto di lavoro, riscuotendoli e trattenendo quella somma.

Sul valore di prova derivante dall'ammissione del convenuto, relativa all'ammontare della somma, resa nella suddetta lettera, non possono sollevarsi eccessivi dubbi. Tale prova é poi confermata dalle denunce che lo stesso convenuto ha presentato avanti alla Autorità di Polizia italiana.

Si può comunque aggiungere che il § 167 della Rub. X del Libro II, delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* prescrive che le "*scripturae privatae contra scribentem propria manu, et eius heredes, et successores habeantur in omnibus, et per omnia pro publico, et autentico instrumento, tam quo ad executionem ipsius fiendam ad petitionem illius, cuius interest, vel eius Procuratoris, quam quo ad probationem iurium ipsius in iis quae in ipsa scriptura continebuntur, etiam si nulla fuerit in ipsa scriptura expressa causa confessionis, seu obligationis: dummodo tamen fuerit saltem ab ipso scribente subscripta, et legitime recognita, et factum, seu gestum confessionem, seu obligationem ita clare contineat quod ex ea veritas ipsa innotescere possit*" – "le scritture private si ritengano in tutto e per tutto contro chi le ha scritte di propria mano, e suoi eredi, e successori, per pubblico ed autentico istromento tanto per farne l'esecuzione, a richiesta di quello a cui interessa, o del suo Procuratore, quanto alla prova delle sue ragioni nelle cose contenute in essa Scrittura, ancorché in questa non fosse stata espressa alcuna causa di confessione, o di obbligazione; purché però sia stata almeno sottoscritta da esso scrivente, e legittimamente riconosciuta, e così chiaramente contenga il fatto, o l'operato, la confessione, o l'obbligazione così chiaramente, che da essa possa conoscersi la verità".

Può quindi ritenersi sufficientemente provato che il convenuto deteneva per conto della s.a. Grandi Liquori la somma complessiva di £.150.609.169=, parte in titoli, pari ad un ammonate di £. 63.754.122=, e di £.86.855.047= per denaro contante

Non può ritenersi sufficientemente provata la somma di £.8.857.315, pretesa in base ad una distinta che, peraltro, non appare in atti.

3) Nella stessa lettera comunque da parte del convenuto si avanza anche una richiesta di compensazione.

Ma una tale richiesta, perlomeno in questa sede, ove peraltro il convenuto non si è neppure costituito, non sembra potersi ammettere.

**La giurisprudenza sammarinese ha ormai definitivamente consolidato il principio romanistico**, enunciato a C.4.31.14.1, secondo il quale i giudici “non procliviores ad admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam pene expeditam sententia terminari component” – **“non siano proclivi ad ammettere le compensazioni né mollemente le accolgano, ma tenendosi allo stretto diritto, se trovino che abbiano d’uopo di più ampia indagine, le riserbino a un altro giudizio e la pristina lite, già quasi completa, compongano con sentenza definitiva”** (Cfr. la sentenza del Commissario della Legge del 12 agosto 1936 nella causa n°. 201 dell’anno 1934, in Giurisprudenza Sammarinese, 1935-36, p. 136).

La successiva giurisprudenza ha poi ribadito il principio, allegando massime elaborate dalla migliore dottrina romanistica (Cfr. sentenza del Commissario della Legge 7 aprile 1972, nella causa n°. 191 dell’anno 1970, in Giurisprudenza Sammarinese, 1970-1980, p. 281), che enuncia come **“il giudice è autorizzato ed obbligato a respingere la compensazione, se l’accertamento del controcredito presuntivamente esige una durata di tempo, che non sta in alcuna proporzione col tempo corrente per l’accertamento del credito”** (cfr. Windscheid, Diritto delle Pandette, II, 1, ed. Torino 1904, p. 357 e s.).

La costituzione tradizionalmente allegata, su cui fa perno tutta la costruzione giurisprudenziale, è però riportata omettendone la sua parte finale, che invece continua, ponendo una eccezione molto precisa e particolarmente rilevante per il caso da decidere. L’eccezione quindi che non è conosciuta dalla giurisprudenza sammarinese è la seguente: “excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationis locum esse disposuimus. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur” – **“eccettuata l’azione di deposito secondo la nostra sanzione, in cui abbiamo disposto non esservi pur luogo a compensazione. A coloro che indebitamente occupano l’altrui possessione non si dà la compensazione”** (C.4.31.14.1 e 2).

Il contratto intercorso tra le parti in causa prevede infatti che, dopo la riscossione le somme in contanti o i titoli presi in consegna, siano tenuti in deposito presso il convenuto, dato che egli lavora in un area geografica comunque diversa dalla sede della società, e che per principio generale le somme e i titoli sono sempre depositate presso l’esattore.

E’ infatti incontrovertibile che il convenuto avesse in deposito presso di lui le somme rimosse e solo a tale titolo ne potesse disporre: la disciplina generale in tema di transazione, cui fa riferimento la ricordata giurisprudenza sammarinese, sarebbe però applicabile anche in questo caso.

Ma è più aderente alle circostanze portate in giudizio dagli attori richiamare la prescrizione particolare, presentata invece normativamente come una eccezione al principio tutto romanistico affermato presso la giurisprudenza sammarinese, perché risolve definitivamente la vicenda, non ammettendo la compensazione in presenza di un deposito.

La costituzione alla quale si fa riferimento nel riportato testo giustiniano, si può leggere nella stessa compilazione, poco dopo, a C.4.34.11.pr., ove è stabilito: “si quis vel pecunias vel res quosdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere illico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendentes, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur” – **“se qualcuno avrà a titolo di deposito ricevuto danaro o altre cose quali che siano, volendolo colui che lo depositò, sarà per ogni via astretto a restituirglielo; né potrà opporre compensazione, o deduzione veruna, o eccezione di dolo, quasi ché pretendesse aver egli contro colui che fece il deposito delle azioni personali, o l’azione reale o la ipotecaria; posto che non ricevè già il deposito sotto questo modo, che si generasse la ritenzione non concedutagli, e il contratto, che nasce dalla buona fede, fosse con perfidia violato”**.

In ogni caso la richiesta avanzata dal convenuto in sede stragiudiziale - e che poi, si deve incidentalmente notare, ha portato alla denuncia penale - non può essere presa in considerazione, non solo per i motivi già esposti, ma anche perché é assolutamente carente di liquidità ed esigibilità, dovendosi ancora accertare quale sia l’ammontare della eventuale domanda del medesimo convenuto.

Si deve quindi dare attuazione alla massima di C.4.34.10, per cui “qui depositum non restituit, suo nomine convenutus et condemnatus ad eius restitutionem cum infamie periculo urgetur” – **“chi non restituì il deposito, in nome proprio convenuto e condannato, sarà astretto alla restituzione anche col pericolo dell’infamia”**.

Le spese del presente giudizio vanno poste a carico della parte convenuta per la sola parte che è soccombente.

### 63.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 10 marzo 1992.

Berardi Giuseppe (Avv. M. Nicolini) : Banca Agricola Commerciale di San Marino (Avv. L. Lonfernini) – Causa n. 165, anno 1985.

**Fidejussione – Requisiti – Banca – Servizio incassi – Mandato – Ricevuta bancaria – Sconto – Inefficacia riguardo alla garanzia.**

*La fidejussione richiede, per la sua validità, la dichiarazione espressa della volontà di prestare fideiussione, o, in mancanza di questa, l’espressa manifestazione del garante di voler costituire un vincolo solidale con il debitore principale.*

*La fideiussione, pertanto, non si presume; tuttavia, soprattutto in materia commerciale, la fideiussione, può costituirsi anche con la semplice dichiarazione del terzo di volere adempiere l’obbligazione da altri assunta, considerandosi egli stesso debitore.*

*Il rapporto contrattuale che si genera tra banca e cliente, in ordine al cosiddetto “servizio incassi”, riporta al mandato e alle sue regole.*

*La ricevuta bancaria non è un titolo di credito, non attribuisce legittimazione all’esercizio di un diritto, quindi di essa non può essere effettuato lo sconto. Pertanto la*

*garanzia prestata non esplica efficacia obbligatoria per il garante, riguardo ad operazioni di sconto di ricevute bancarie.*

---

### FATTO

Con istanza avanzata il 15 luglio 1985 il signor Berardi Giuseppe espose:

- 1) con lettera di fidejussione in data 24 febbraio 1984 si costituì fidejussore di Bonelli Giovanni Battista per l'integrale pagamento di tutti gli effetti cambiari e assegni bancari che la Banca Agricola Commerciale avesse negoziato col Bonelli;
- 2) dopo la morte del Bonelli, la Banca Agricola Commerciale richiese al Berardi il pagamento degli effetti insoluti e l'istante provvide al pagamento della complessiva somma di £. 352.902.564=;
- 3) solamente dopo il pagamento, il Berardi si avvide di essere stato chiamato a rispondere quale fidejussore non solo per veri e propri effetti cambiari insoluti, ma anche per semplici ricevute bancarie;
- 4) benchè più volte sollecitata la Banca Agricola Commerciale si rifiutò di fornire chiarimenti ed anzi minacciò azioni giudiziarie nei confronti del Berardi per ottenere il pagamento di ulteriori somme delle quali si vantava ancora creditrice.

Quanto sopra esposto, Berardi Giuseppe convenne avanti a questo Tribunale la Banca Agricola Commerciale per ivi sentire:

- 1) ordinare al convenuto Istituto di Credito di esibire in originale od in copia conforme tutti i titoli oggetto delle operazioni di sconto effettuate con il defunto Bonelli Giovanni Battista, nonché ogni altro documento contabile relativo a dette condizioni;
- 2) accertare quali siano effettivamente gli effetti cambiari presentati allo sconto dal Bonelli in relazione al rapporto bancario di cui l'attore si è costituito fidejussore;
- 3) determinare la somma complessiva che il Berardi deve effettivamente pagare;
- 4) condannare eventualmente la convenuta alla restituzione di tutta o di parte della somma già pagata dal Berardi con i relativi interessi;
- 5) condannare la Banca Agricola Commerciale al risarcimento dei danni dall'attore subiti, delle spese e degli onorari del giudizio.

Nell'udienza all'uopo fissata l'attore riprodusse l'istanza introduttiva del giudizio.

La Banca Agricola Commerciale comparve a mezzo di procuratore il quale dichiarò che la parte da lui rappresentata era disposta ad esibire in un tempo ragionevole la documentazione richiesta dall'attore.

Effettivamente la documentazione venne prodotta nelle date del 17 ottobre 1985, 27 marzo 1986, 22 maggio 1986, 14 gennaio 1988.

Nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi documenti prodotti dalla parte attrice; vennero esaminati i testi rag. Cevoli Agostino, Direttore della Banca Agricola Commerciale (nelle udienze tenutesi il 6 novembre 1986, 7 gennaio 1988, 12 gennaio 1989), rag. Ciavatta Luciano, geom. Fiorini Fiorenzo, geom. Angelini Leo, Zanotti Denis, Cherubini Patrizio.

Trascorso il termine ad allegare e fissata l'udienza per la irrotulazione della causa, i procuratori delle parti hanno prodotto in atti le finali allegazioni nelle quali prendono le conclusioni seguenti:



- 1) il procuratore dell'attore richiede dichiararsi che il Berardi era tenuto esclusivamente al pagamento della somma di £. 106.613.570=; la parte convenuta deve essere condannata alla restituzione della maggior somma corrisposta dall'attore nonché al pagamento degli interessi, della svalutazione monetaria ed al risarcimento dei danni diretti ed indiretti, subiti dal Berardi, quantificati nella somma di £. 1.000.000.000=;
- 2) il procuratore della parte convenuta richiede dichiararsi che la garanzia prestata dal Berardi era estesa ai titoli di credito di ogni specie presentati allo sconto dal defunto Bonelli Giovanni Battista e che comunque ed in ogni caso l'attore non può pretendere dalla Banca Agricola Commerciale alcun risarcimento per danni di qualsiasi genere.

## DIRITTO

1. Il 24 febbraio 1984 l'attore Berardi Giuseppe rilasciò alla convenuta Banca Agricola Commerciale la fidejussione che, nella parte che qui interessa, è del seguente tenore:

“Con la presente mi costituisco fidejussore del signor Bonelli Giovanni Battista di Alfio Via III Gualdaria – Rep. San Marino (o di chi avesse comunque a subentrare nei suoi rapporti con VS.) per l'integrale pagamento da parte sua di tutti gli effetti cambiari e assegni bancari che da lui avete acquistato o acquisterete in via di sconto o negoziazione se non onorati a scadenza, e comunque per l'adempimento di qualunque obbligazione a lui derivante nei vostri confronti dalle menzionate operazioni, restando fissato in £. 600.000.000= (lire seicentomilioni) oltre a tutti gli accessori, l'importo massimo che potrò essere tenuto a pagarvi (complessivamente in dipendenza della presente fidejussione)”.

Oltre che di effetti cambiari, con il Bonelli la Banca Agricola Commerciale eseguì operazioni di sconto di ricevute bancarie, non andate a buon fine: l'Istituto di Credito pertanto richiede al garante il rimborso delle somme anticipate sulla base di tali operazioni al debitore principale.

Sostiene invece il Berardi che la garanzia da lui prestata non esplica efficacia nei confronti di operazione di sconto di ricevute bancarie, sia per la particolare natura di tali documenti, sia e soprattutto per la ragione che di tali operazioni non vi è menzione nell'atto di fidejussione.

Il testo trascritto e le opposte tesi delle parti richiedono necessariamente l'esame delle questioni relative all'istituto della fidejussione ed alla natura del documento denominato “ricevuta bancaria”.

2. *E' comune nozione che la fidejussione è un contratto a mezzo del quale un terzo si obbliga, assieme al debitore principale, di eseguire la prestazione: il fidejussore non si sostituisce come terzo al debitore, ma aggiunge, in forma accessoria, una obbligazione sua ad un'altra.*

*Alla fidejussione poi devono riconoscersi alcuni elementi formali, come la dichiarazione espressa della volontà di prestare fidejussione e non la semplice manifestazione di volontà di proporsi ed impegnarsi come garante della obbligazione altrui. In ogni caso, se al contratto posto in essere mancasse la manifestazione di volontà di costituirsi come fidejussore, dovrebbe essere, per lo meno, espressamente manifestato dal garante di voler costituire un vincolo solidale con il debitore principale.*

*Trattasi infatti di una obbligazione di garanzia nella quale sussiste un rapporto di solidarietà elettiva, nel senso che il creditore principale può rivolgersi indifferentemente*

*o contro il debitore principale, o contro il garante, e l'adempimento dell'uno dei due estingue l'obbligo.*

*Occorre pertanto accertare quale garanzia ha prestato l'attore nel sottoscrivere quell'impegno.*

*La dottrina del diritto comune, in relazione alle fonti romane – Inst. III, 20, pr. e C. 8, 40, 12 – chiarisce che “fidejussio debet fieri per stipulationem et cum causa, alias non valet” e poi ancora che “fidejussio praesumitur cum stipulatione” (cfr. J. Bertachini, Repertorium, pars secunda, ed. Venetiis 1570, f. 339 vb.). D'altra parte le fonti stesse sono abbastanza esplicite precisando che “in omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu” (cfr. Inst. III, 20, pr.).*

*Concordi sono poi anche altri autori che: “fidejussor aliene tantum obligationi accedit, atque, si ad jus romanum respiciamus, sola stipulatione obligatur: quamquam hodiernis moribus stipulationum scrupolositas ex levi, eademque nudo pacto vis tribuitur, ac stipulationibus: atque ideo placuit, fidejussionem induci per solam promissionem factam in scriptura privata” (T.M. Richeri, Codex in Pedemontano Senatu, III, Augustae Taurinorum, 1785). E' poi ancora precisato che “circa modum constituendi fidejussorem vix opus esse cautelis, cum non amplius per stipulationem, uti jure romano per l. blanditus 12, c (odice) h(oc) t(itulo) (=C.8, 40, 12), sed qualibuscumque verbis eadem inducatur; id tamen attendendum, ut verba illa voluntatem se obligandi involvant: nam si quis bonis verbis alterum inducat ut alteri credat, pro fidejussore nondum reputatur”.*

*Altrove poi la dottrina è precisa ed articolata, elencando esattamente i cinque casi in cui, nel diritto comune, si costituisce la fidejussione: “fidejussor dicitur ille, qui alienam obligationem suscipit, principali nihilominus remanente obligato per stipulationem intercedit, et accessorie obligatur, vel qui pro alio nomen suum in actis inseri consentit, licet non loquatur. Intercedere autem pro aliis est suum jactare, et verbum generale comprehendens quinque modos, nempe primo per viam fidejussionis ut supra; secundo per viam mandati, quando quis alteri mandat ut mutuet; nam mandator obligatur ut fidejussor; tertio per viam constituti, quando quis per nudum pactum constituit se solutorem ejus, quod alius debet; quarto per viam sponsionis, quando quis principaliter se obligat pro non obligato, vel se obligare non valente” (cfr. M.A. Sabelli, Summa diversorum tractatum, II, Venetiis 1715, ff. 140va-140vb, n.1).*

*Si devono poi considerare anche altri aspetti, giacchè si riconosce che “fidejussor dicitur etiam ille, et tamquam talis in subsidium obligatur, qui aliquem laudat, affirmat, vel approbator in subsidium, maxime quando fecit appensate, et ex necessitate sui officii, secus si ex capite, et de more, ut quia esset solitus laudare amicos et bene dicere de omnibus” (cfr. M.A. Sabelli, Summa diversorum tractatum, II, Venetiis 1715, ff. 140vb, n.2).*

*La dottrina intermedia, infatti, nei rapporti commerciali, estende i confini della fidejussione, ritenendo che integri gli estremi della fidejussione anche la lettera “commendatizia” nella quale “ubi quod scribens ‘adibe fidem tali super me’, vel per similia verba obligatur” (cfr. Genuensis, De scriptura privata, liber 3, tit. de litteris commendatitiis) oppure anche che “de eo qui dixit ‘adhibe fidem Titio super me’ tunc enim per ista verba censetur se obligasse et fidejussisse pro eo” (cfr. S. Gratiani, Disceptationum forensium judiciorum, tom. IV, Genevae 1614, Cap. 683, n.5, p.197).*

*Accertato che, in diritto comune, la fidejussione può avere forme abbastanza ampie, soprattutto quando sia chiamata a garantire rapporti di commercio, occorre altresì*

*considerare che l'ammontare della garanzia si precisa soltanto al momento dell'inadempimento dell'obbligazione principale; come è stato affermato da una decisione di questo Tribunale Commissariale, la fidejussione, ma anche la garanzia semplice "non può estendersi oltre i limiti nei quali fu accordata" (cfr. sentenza del Commissario della Legge 10 settembre 1932, nella causa n.210/1932, Raganini Mario contro Stefanelli Agostino e Malpeli Mario, in Giurisprudenza Sammarinese 1931-1932, p.88 e poi ancora sentenza del Commissario della Legge 25 aprile 1935 nella causa n.20/1933, Amati Aldo contro Ragni Luigi, in Giurisprudenza Sammarinese 1935-1936, p.42).*

*Perché esista una garanzia infatti è necessario che esista l'obbligazione principale, o meglio l'obbligazione garantita. Mancando questa obbligazione, la garanzia prestata è priva di causa, e pertanto la garanzia non può mai eccedere quanto è dovuto dal debitore principale. L'enunciato principio che "fidejussio debet fieri per stipulationem et cum causa alias non valet", non riguarda solo la fidejussione, ma qualsiasi garanzia prestata e, in questo caso spiega ogni suo effetto: qualsiasi invalidità della obbligazione principale si riflette sulla garanzia prestata, così come l'estinzione totale o parziale della obbligazione principale estingue in toto o in parte la garanzia e gli obblighi che derivano da questa.*

3. Nell'attività bancaria attuale, ampia importanza ha assunto la prestazione di utilità che non costituiscono per sé stesse attività creditizia: procedere a pagamenti e riscossioni per conto del cliente è uno dei servizi che la banca rende, o nel contesto di un più ampio rapporto contrattuale, o in via del tutto autonoma.

In particolare la banca procede al cosiddetto "servizio incassi" quando è incaricata dal cliente di provvedere alla riscossione dei suoi crediti nei confronti di terzi, venendo munita dei documenti necessari alla riscossione stessa.

L'incarico può riguardare crediti rappresentati da documenti in senso ampio, ossia vaglia cambiari, cambiali tratte, assegni, altri titoli di credito, ricevute di deposito, libretti bancari, fatture ed altri simili.

**E' facile intuire che il rapporto contrattuale che così si genera tra banca e cliente riporta al mandato ed alle sue regole: l'assunzione dell'incarico da parte della banca procede in modo autonomo, indipendentemente dal documento che rappresenta il credito da riscuotere.**

Alla ricevuta bancaria, un documento che rientra proprio nel "servizio incassi", dottrina e giurisprudenza assegnano il valore di confessione stragiudiziale portante una dichiarazione di scienza relativa al fatto del pagamento.

**La ricevuta bancaria, pertanto, quale documento che rientra nel "servizio incassi" niente altro è che una comune ricevuta proveniente da un creditore e consegnata alla banca perché la rilasci al debitore previa riscossione della somma che gli è dovuta.**

La sua specificazione consiste quindi unicamente nel fatto che quale tramite tra il creditore ed il debitore nell'operazione di pagamento si inserisce una banca.

**In buona sostanza, la ricevuta bancaria, con la sua modesta specificità materiale e di uso, non è un titolo di credito.**

**Essa, infatti, non incorpora un diritto di credito, non nasce dall'intesa della circolazione, non attribuisce legittimazione all'esercizio di un diritto.**

**Neppure si può riconoscerle natura di titolo improprio, o di documento di legittimazione, mancando appunto della funzione di legittimazione.**

Quanto sopra affermato, è ben dimostrato, oltrechè dal tenore “documentale” della ricevuta, dall’esame dei rapporti giuridici che, in ragione del “servizio incassi”, ruotano attorno alla ricevuta ed al fatto del pagamento.

Vi è anzitutto un rapporto con varia causa che intercorre tra creditore e debitore e fa da titolo al pagamento; esso è accennato nel documento mediante l’indicazione della o delle fatture relative al rapporto stesso.

Tra creditore e banca intercorre un rapporto di mandato la cui esistenza nasce dalla convenzione di incasso.

Esso può essere noto al debitore fino dalla conclusione del rapporto con il creditore e comunque si evince dalla ricevuta.

E’ importante rilevare che, rispetto a tale rapporto, la banca resta perfettamente estranea, se non per l’incarico che le viene affidato di porsi come tramite per il soddisfacimento del debito.

Tale rapporto ha un contenuto ristrettissimo, tanto che si potrebbe ipotizzare, più che il mandato, una pura e semplice indicazione di persona autorizzata a ricevere il pagamento, se a questa figura fosse possibile assegnare un rilievo minore del mandatario.

Intercorre infine un altro rapporto, tra banca incaricata della riscossione e debitore, che si configura come non obbligatorio, nel senso che il debitore può normalmente pagare, in alternativa, direttamente al creditore.

**Appare chiaro dunque che la ricevuta bancaria non è altro che un documento probatorio, nel quale viene fissato, con valore di confessione stragiudiziale, l’avvenuto pagamento in mano della banca incaricata della riscossione.**

**Per quanto fin qui si è detto, è evidente che il trattamento della ricevuta bancaria, all’interno del “servizio incassi”, non dà luogo ad una operazione di credito.**

Tale precisazione è estremamente necessaria, soprattutto in rapporto allo sconto, dal momento che, malgrado l’Accordo Interbancario Italiano vieti espressamente che delle ricevute bancarie si effettui lo sconto, tale espressione ricorre largamente nella prassi bancaria ed anzi si riscontrano espressioni che possono trarre in inganno circa la reale portata giuridica del servizio.

**Naturalmente al servizio, o meglio al mandato che lo sostanzia, possono ricollegarsi tra banca e cliente operazioni di credito.**

**Di fronte ad una qualificata clientela, specie se il modo di pagamento tramite banca è stato convenuto con il debitore, la banca, nell’ambito di un più ampio rapporto o anche appositamente, può anticipare al cliente l’importo del credito indicato nella ricevuta.**

**A seconda dei casi, o meglio a seconda dei clienti, l’importo può essere immediatamente disponibile per il cliente ovvero soltanto alla notizia dell’avvenuto pagamento.**

**Ma, in ogni caso, la banca opera “salvo buon fine”, ciò che indica la sua estraneità e l’insensibilità del suo credito da anticipazione, rispetto alle vicende del pagamento.**

In definitiva, quindi, la ricevuta bancaria funge semplicemente da elemento di affidamento della banca verso il cliente, e magari anche da strumento di escussione della garanzia del credito, quando sia convenuto con il cliente di consolidare il relativo rapporto con un mandato irrevocabile all’incasso (mandato in rem propriam), ma mai come documento dante causa esso stesso ad un rapporto di credito.

**4. In base alle premesse considerazioni, la decisione scaturisce dal sintetico sillogismo: l’attore ha prestato garanzia per operazioni di sconto o negoziazione di**

**titoli di credito “effetti cambiari e assegni bancari”; la ricevuta bancaria non è titolo di credito e non dà causa ad un rapporto di credito.**

**Pertanto la garanzia prestata non esplica efficacia obbligatoria per il garante riguardo ad operazioni di sconto di ricevute bancarie che l'attore ignorò fino al momento in cui venne chiamato ad onorare l'impegno assunto.**

Il Direttore della Banca Agricola Comemrciale, rag. Cevoli Agostino, nell'udienza tenutasi il 6 novembre 1986 ha dichiarato: “nella delibera con la quale il consiglio di amministrazione della Banca autorizzò l'operazione è detto chiaramente che si trattava di scontare ricevute bancarie.

Esattamente in tale delibera si parla di “anticipi su cessioni effetti e assegni salvo buon fine, sconto effetti e ricevute bancarie” ... è vero che Bonelli operava essenzialmente se non esclusivamente attraverso sconti di ricevute bancarie ... Berardi non ebbe modo di vedere gli atti con il quale il consiglio di amministrazione autorizzò il rapporto: si tratta infatti di atti interni che egli non avrebbe potuto ottenere in visione neppure chiedendoli”.

I documenti prodotti e le prove testimoniali dimostrano senza ombra alcuna di dubbio:

1) in esecuzione della fidejussione prestata, l'attore Berardi Giuseppe ha versato alla Banca Agricola Commerciale la somma complessiva di £. 347.599.334= ( il 22 novembre ed il 27 dicembre 1984);

2) la predetta somma è riferita: in quanto a £. 296.911.098= ad operazioni di sconto non andate a buon fine di ricevute bancarie; in quanto a £. 50.188.236= a effetti cambiari scontati e ritornati insoluti;

3) la Banca Agricola Commerciale ancora trattiene effetti cambiari scontati e tornati insoluti per la somma complessiva di £. 56.425.498=.

In conclusione la somma di cui il garante Berardi Giuseppe è tenuto a rispondere ammonta a £. 106.613.734=.

E' semplice conseguenza di ciò dichiarare che la convenuta Banca Agricola Commerciale deve essere condannata alla restituzione in favore dell'attore Berardi Giuseppe della somma arbitrariamente ed illegalmente pretesa e percepita di £. 240.985.600=.

5. Afferma infine l'attore di essere stato costretto, per reperire la somma da corrispondere alla Banca Agricola Commerciale di alienare beni immobili ed azioni di società anonime a prezzi notevolmente inferiori a quelli effettivi e reali, da ciò risentendo un danno che non esita a quantificare nella somma di £. 1.000.000.000=.

La pretesa attrice va respinta per le considerazioni seguenti:

**1) in via di principio nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, l'indennizzo dei danni di qualsiasi natura consiste nella corresponsione degli interessi legali dal giorno della mora.**

Al quesito se oltre a tali interessi legali potesse il creditore richiedere il risarcimento di altri e maggiori danni, la giurisprudenza italiana, in base all'art. 1231 del Codice Civile Italiano del 1865, unanimemente rispondeva in senso negativo.

**Il diritto comune, sebbene il diritto romano (D. 13, 4, 2, 8) sembri seguire un indirizzo diverso, accoglie il principio (confermato in particolare dal Pothier e dal Domat) che non può il creditore domandare alcun altro risarcimento che quello consistente nel pagamento degli interessi.**

**Ciò naturalmente ove non si tratti di dolo malo, di un motivo o pretesto veramente ingiusto e colpevole avente per unico scopo quello di pregiudicare il creditore, nel qual caso ovviamente la decisione dovrebbe essere diversa.**

Ora non risulta, almeno allo stato degli atti che la Banca Agricola Commerciale abbia agito con dolo malo, tanto più considerando che la questione dedotta in giudizio presentava aspetti estremamente controversi;

2) non può essere contestato in alcun modo il diritto della Banca Agricola Commerciale di escutere la garanzia del credito nel caso di inadempimento del debitore principale.

Il principio di diritto (D. 50, 17, 151) “nemo damnum facit nisi qui id fecit, quod facere ius non habet” (a cui si ricollega l’aforisma “neminem laedit qui suo iure utitur”) deve essere inteso nei limiti posti da Ulpiano (D. 39, 2, 24, 12).

Occorre cioè distinguere tra la perdita di una semplice utilità e l’effettivo danno ad una attività patrimoniale.

Quando nell’esercizio del proprio diritto si priva alcuno di una utilità o di un vantaggio, nessun indennizzo può essere reclamato (tranne il caso dell’esercizio del diritto per mero spirito di emulazione, “animo nocendi”).

Unicamente quando, con l’esercizio del proprio diritto, si opera una vera e propria distruzione patrimoniale a carico di un terzo, il diritto di questi ad ottenere la conveniente riparazione rientra sempre nei limiti della più rigorosa giustizia; in questo caso infatti il concetto di colpa, in chi abusa del proprio diritto, in detrimento del diritto di altri, egualmente rispettabile emerge dal fatto stesso che ha dato causa al danno.

Pertanto, ogni danno dall’attore subito, compreso quello della avvenuta svalutazione della moneta, deve essere compensato con la corresponsione degli interessi legali del sette per cento sulla predetta somma di £. 240.985.600= dalla data del 27 dicembre 1984 al saldo.

Il corretto comportamento processuale della parte convenuta che ha spontaneamente esibito tutta la documentazione richiesta dall’attore, il limitato accoglimento delle istanze attrici, la novità della fattispecie, e soprattutto motivi di equità, inducono a compensare tra le parti in causa gli onorari e le spese del giudizio.

A carico della convenuta Banca Agricola Commerciale unicamente viene posta la somma di £. 5.204.000= erogata dall’attore Berardi Giuseppe per la registrazione e la regolarizzazione fiscale dei documenti prodotti in atti.

#### 64.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 27 aprile 1992.

Giardi Avv. Gloria (personalmente comparsa) : S.p.a. Aurora Assicurazioni (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 292, anno 1990.

**Assicurazione – Contratto – Disparità di posizione fra i contraenti – Clausola – Interpretazione – Buona fede.**

*Caratteristiche del contratto di assicurazione sono la aleatorietà e la disparità di posizione dei contraenti.*

*In tale contesto l'affidamento dell'assicurato esige una tutela più incisiva, ed impone di interpretare le clausole del contratto secondo il canone ermeneutico della buona fede.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 8 novembre 1990 l'avv. Gloria Giardi ha convenuto in giudizio la società per azioni Aurora Assicurazioni, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, per sentirla condannare: "a) al pagamento in favore della sottoscritta delle indennità previste nel contratto di assicurazione; b) al pagamento di interessi e di danni derivanti dalla svalutazione monetaria; c) al pagamento delle spese, funzioni ed onorari del presente giudizio".

Esponeva l'attrice di avere stipulato con la società convenuta una polizza di assicurazione denominata "passaporto sanitario", la quale prevede una indennità settimanale in caso di ricovero ospedaliero e successiva convalescenza, unitamente ad un indennizzo forfettario per talune lesioni da infortunio e per taluni interventi chirurgici elencati nella polizza medesima, indennizzi da raddoppiarsi nell'importo in virtù di alcune clausole contrattuali. Lamentava l'attrice di essere stata ricoverata d'urgenza presso l'Ospedale di Stato in data 30 dicembre 1989, permanendovi sino al 15 gennaio 1990, giorno in cui era trasferita, a mezzo di autolettiga, presso la casa di cura Villa Torri di Bologna, ove rimaneva sino alla dimissione definitiva avvenuta in data 17 gennaio 1990. Durante il ricovero a Bologna veniva sottoposta ad esofagogastroduodenoscopia, nel corso della quale venivano effettuate biopsie gastriche per ulteriori accertamenti. Ritene dunque, che, prevedendo la polizza di assicurazione l'indennizzabilità di interventi chirurgici effettuati nella cavità addominale a scopo diagnostico, anche i prelievi biotipici che ha subito debbano essere indennizzati, trattandosi di interventi chirurgici. Precisava, infine, che la società convenuta le aveva proposto esclusivamente un'indennità pari a L. 1.200.000= per ricovero ospedaliero, senza peraltro corrisponderla.

All'udienza fissata del 17 dicembre 1990 l'attrice riproduceva la citazione, e si costituiva la società convenuta a mezzo procuratore, il quale dichiarava che "all'attrice va riconosciuto l'indennizzo di L. 1.200.000= per n. 3 settimane di ricovero e n. 2 settimane di convalescenza. La somma non è stata finora corrisposta a causa di un disguido del locale ufficio danni. Ulteriori somme non sono dovute in quanto l'assicurata non è stata soggetta ad intervento chirurgico vero e proprio, bensì esclusivamente ad esame-prelievo".

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza di entrambe le procure, documenti e, quali testi, la dott. Rossi Donatella - escussa all'udienza del 16 maggio 1991 - e il dott. Zanotti Guglielmo - escusso all'udienza del 17 ottobre 1991.

Nel corso del termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa hanno prodotto le rispettive memorie conclusionali; all'udienza del 19 marzo 1992 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo veniva trattenuto per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto la attrice ha concluso chiedendo "di accogliere l'istanza attrice e condannare così la Aurora Assicurazioni: a) al pagamento in favore della sottoscritta della somma di £. 4.000.000=, a titolo di indennità per intervento chirurgico

prevista dal contratto di assicurazione “passaporto sanitario”; b) al pagamento della somma di £. 150.000=, costituente la differenza fra la somma di £. 1.200.000= pagata in luogo della somma dovuta pari a £. 1.350.000=; c) al pagamento di interessi e danni da svalutazione monetaria sulle superiori somme, nonché sulla somma di £. 1.200.000=, pagata solo il 24 aprile 1991; d) al pagamento di spese ed onorari del presente giudizio”. La procura convenuta, invece, ha così concluso: “la società convenuta dovrà corrispondere esclusivamente la somma di £. 1.200.000= per ricovero e convalescenza, a suo tempo riconosciuta e non corrisposta esclusivamente in ragione della resistenza messa in atto dalla assicurata. La richiesta relativa all’indennità collegata al preteso intervento chirurgico dovrà essere respinta per la ragione esposta in atti di causa e nella presente memoria, confermata dalle clausole di polizza che concordemente fanno giungere alla medesima conclusione. Le spese di causa possono essere compensate”.

### DIRITTO

1. Con il presente giudizio l’attrice richiede di accertare l’esistenza del suo diritto a vedersi riconosciuto l’indennizzo conseguente a ricovero ospedaliero e successiva convalescenza, nonché di verificare se la biopsia gastrica effettuata nel corso di una esofagogastroduodenoscopia sia da considerarsi “intervento chirurgico” all’addome, e dunque, indennizzabile nella misura forfettaria prevista dalla polizza di assicurazione. In definitiva, l’oggetto del presente giudizio è costituito dalla interpretazione di una clausola della polizza di assicurazione stipulata dalla attrice con la impresa di assicurazioni convenuta.

In particolare, la polizza prevede il “versamento di £. 150.000= settimanali se si verifica una malattia cui segua il ricovero in ospedale senza necessità di intervento chirurgico”; il “versamento di £. 150.000 settimanali per un numero di settimane pari alla metà di quelle di degenza conseguente a infortunio o malattia, col massimo di tre settimane. Se durante la degenza si è reso necessario un intervento chirurgico conseguente a infortunio o malattia, l’indennità settimanale per convalescenza sarà liquidata per un numero di settimane identico a quelle della intera degenza sempre con un massimo di 3 settimane”; il versamento “di una indennità forfettaria” in caso di intervento chirurgico a causa di una malattia, il cui ammontare è indicato in apposito elenco allegato alla polizza, in L. 2.000.000= per “ogni altro intervento chirurgico nella cavità addominale effettuato a scopo diagnostico o per trattamento degli organi inclusi”. Tali indennità - ad eccezione di quella di convalescenza - devono essere raddoppiate in virtù della sottoscrizione di garanzie facoltative previste dalla polizza medesima. L’interpretazione ed applicazione di tali clausole contrattuali costituisce, dunque, materia del contendere.

2. *Con il contratto di assicurazione l’assicuratore si obbliga verso l’assicurato, il quale versa un corrispettivo periodico, il premio, a risarcire, entro i limiti convenuti, i danni subiti dallo stesso in conseguenza di sinistri, ovvero al pagamento di una somma capitale o di una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana.*

*Si tratta di un contratto consensuale, a prestazioni corrispettive: l’assicuratore assume l’obbligazione di pagare una somma di denaro al verificarsi dell’evento dedotto nella polizza, mentre l’assicurato si obbliga a pagare il premio convenuto alle scadenze fissate. Peraltro le obbligazioni sono condizionali, nel senso che l’assicuratore non sarà tenuto al pagamento della somma di denaro convenuta se non al verificarsi dell’evento*



*dedotto nel contratto, mentre, relativamente all'assicurato, è necessario che il bene tutelato con il contratto sia effettivamente sottoposto a rischio.*

*Caratteristica del contratto di assicurazione è, inoltre, la aleatorietà: al momento della conclusione del contratto l'assicurato paga il premio e riceve in cambio esclusivamente la promessa di ricevere solo nel caso in cui si verifichi l'evento dedotto nella polizza una indennità nei limiti convenuti, in relazione al danno sofferto, che può essere di gran lunga superiore al premio che paga. L'equivalente del premio è infatti non l'indennizzo promesso, ma la probabilità che l'assicurato ha di riceverlo.*

*Nell'interpretazione di tale contratto occorre fare riferimento alle regole generali dell'ermeneutica contrattuale.*

*La prima funzione dell'interpretazione contrattuale è quella di accertare ciò che è stato fatto dalle parti indagando sulla dichiarazione e sul rapporto di questa con la volontà dei contraenti e con la situazione di fatto cui si riferiva. La ricerca della volontà intrinseca al negozio da interpretare non può tuttavia prescindere dall'affidamento della controparte.*

*Il diritto romano, in materia di interpretazione contrattuale, ha posto il principio che nelle convenzioni, più che fermarsi al tenore letterale delle parole, occorre indagare quale sia stata la comune volontà delle parti (D. 50, 16, 219: "in conventionibus contraentius voluntatem potius, quam verba spectari placuit", nonché D. 50, 17, 34), tenuto conto dello spirito del contratto e nel modo più logico alla materia pattuita (si vedano, per la giurisprudenza sammarinese le sentenze del Commissario della legge in data 15 luglio 1924, Giur. Samm., 1924, p. 50, ed in data 11 gennaio 1926, Giur. Samm., 1926, p. 13). In definitiva, occorre muovere dalla interpretazione ricognitiva, che ha per scopo di vincere l'oscurità delle parole adoperate dai contraenti, ricorrendo in primis alla interpretazione letterale e logica, la quale, ovviamente, deve tenere conto della manifestazione della volontà dei contraenti. E' bene ricordare che allorché si procede all'interpretazione letterale, si deve ricorrere al sussidio della grammatica e dei lessici più autorevoli in materia di proprietà e purezza di vocaboli.*

*Occorre peraltro richiamare l'attenzione sulla disparità di posizione tra i contraenti, in quanto l'assicuratore è un imprenditore, al quale è riservato in esclusiva l'esercizio di tale attività, che predispose unilateralmente il testo contrattuale, al fine di regolare uniformemente i suoi rapporti negoziali. In definitiva all'assicurato viene imposto, per atto unilaterale del predisponente, il testo contrattuale, per cui questi non ha alcun potere di influire sulla determinazione del contenuto negoziale, avendo esclusivamente la scelta se aderirvi - ottenendo quindi la prestazione - oppure no. In tale contesto l'affidamento dell'assicurato (contraente debole) esige una tutela più incisiva, ed impone di interpretare il contratto di assicurazione secondo il canone ermeneutico della buona fede (cfr., in tal senso, per la giurisprudenza sammarinese, la sentenza del Giudice delle Appellazioni in data 15 agosto 1924, Giur. Samm., 1924, p. 21 ss., ove accenna alla interpretazione "secondo buona fede" del contratto di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro). Si tratta di un principio etico-sociale che permea tutta la materia contrattuale, il quale si specifica nell'aspetto della c.d. salvaguardia e della lealtà. Come regola di condotta, infatti, la buona fede impone di non suscitare e non speculare su falsi affidamenti e di non contestare i ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte, preservando il ragionevole affidamento di ciascuna parte sul significato dell'accordo. Ciò conduce, soprattutto nel caso dei contratti di adesione, ad evitare, da parte del predisponente, ad esempio le*

*interpretazioni cavillose o l'uso di espressioni letterali non rispondenti all'intesa raggiunta.*

3. Come già evidenziato, la procura attrice richiede, in primo luogo, di verificare l'esistenza del diritto della stessa al riconoscimento dell'indennizzo conseguente al ricovero ospedaliero ed alla successiva convalescenza. Tale accertamento, evidentemente, dà luogo ad esito positivo, in quanto non esiste contestazione sul punto, dal momento che anche la convenuta Compagnia di Assicurazioni ammette la sussistenza del diritto della attrice, offrendo alla stessa il pagamento della somma di L. 1.200.000=, per n. 3 settimane di ricovero e n. 2 settimane di convalescenza.

In realtà, anche la verifica della corretta determinazione di dette indennità, in virtù delle clausole della polizza di assicurazione, presuppone che sia risolta la questione se la biopsia nel corso di una esofagogastroduodenoscopia - cui è stata sottoposta l'attrice - debba considerarsi intervento chirurgico.

Riguardo agli interventi all'addome indennizzabili di cui all'elenco indicato nella polizza medesima, occorre stabilire che cosa si intenda per "ogni altro intervento chirurgico nella cavità addominale a scopo diagnostico o per trattamento degli organi inclusi".

Dalla copiosa documentazione prodotta dalla attrice in atti e dalla deposizione testimoniale della dott.ssa Donatella Rossi, si evince con chiarezza che la biopsia consiste "nella asportazione chirurgica di un frammento di tessuto vivente a scopo diagnostico". Essa costituisce quindi un intervento chirurgico a scopo diagnostico, effettuato, nel caso in esame, sulla mucosa dello stomaco della attrice, e quindi all'addome.

Eccepisce peraltro la procura convenuta che, secondo la polizza, l'indennità per intervento chirurgico "viene corrisposta solo nel caso in cui l'intervento chirurgico sia strettamente collegato ad uno stato di malattia accertato". Indubbiamente l'intervento cui è stata sottoposta l'attrice è strettamente connesso ad uno stato di malattia. Si legge infatti nel certificato rilasciato dal Pronto Soccorso dell'Ospedale di Stato Sammarinese, che la attrice veniva ricoverata in data 30 dicembre 1989 in conseguenza di "pancreatite acuta".

Rileva, inoltre, la procura convenuta che "accettando la tesi della attrice, la semplice verifica, niente affatto dolorosa nè rischiosa, verrebbe indennizzata con un importo (L. 2.000.000=) di entità pari a quella di altri gravi, pericolosi, cruenti e menomanti interventi". Effettivamente, nell'elenco allegato alla polizza alla voce ADDOME sono indicati alcuni interventi chirurgici, in conseguenza dei quali è fissata una particolare indennità. A parte che alcuni di tali interventi non presentano oggi alcuna gravità e pericolo, come la appendicectomia, si deve osservare che dalla lettura globale dell'elenco si evince che la biopsia è compresa fra gli interventi chirurgici (si veda alla voce MAMMELLA, ove è indicata la "biopsia" "se nessun *altro* intervento chirurgico può essere eseguito", ovvero alla voce TORACE "broncoscopia o esofagoscopia per biopsia"). L'omessa indicazione di una voce specifica per quanto concerne gli interventi all'addome, non può condurre ad escludere la indennizzabilità del prelievo biotico di tessuti, che si qualifica come intervento chirurgico a scopo diagnostico. Inoltre, vale la pena di sottolineare che a tenore della polizza sono considerati "grandi interventi chirurgici" quelli segnati nell'elenco con un asterisco - per i quali è stabilito un indennizzo pari al triplo di quello indicato - escludendo pertanto che tutti quelli ivi indicati debbano essere considerati "gravi". Tale interpretazione tiene conto dello spirito

dell'intero contratto e dell'affidamento dell'assicurato che ha aderito al contratto (trattandosi, come già evidenziato, di contratto su modulo predisposto dall'assicuratore).

4. In conseguenza di tale interpretazione spetta alla attrice una indennità settimanale di L. 300.000= (e cioè l'indennità di cui alla lett. C, pagina 2 della polizza, pari a L. 150.000=, raddoppiata in conseguenza della sottoscrizione della clausola facoltativa di cui al punto D, pagina 5 della polizza), moltiplicata per le tre settimane di ricovero, e così per un totale di L. 900.000=. Deve, inoltre essere riconosciuta l'indennità di L. 4.000.000= per l'intervento chirurgico subito (l'indennità forfettaria di L. 2.000.000= indicata nell'elenco deve essere raddoppiata per la sottoscrizione della clausola facoltativa di cui al punto B, pagina 5 della polizza). Infine, deve essere riconosciuta l'indennità settimanale di convalescenza, pari a L. 150.000= per tutta la durata del ricovero, e quindi per totale L. 450.000=, in considerazione di quanto previsto dal secondo comma del punto D, pagina 3 della polizza.

La convenuta compagnia di assicurazioni è tenuta pertanto a provvedere al pagamento della somma di L. 5.350.000=. Considerato che, come la stessa attrice dichiara, la convenuta ha già corrisposto alla stessa in data 24 aprile 1991 la somma di L. 1.200.000=, la convenuta deve essere condannata al pagamento della residua somma di L. 4.150.000=.

Su tale somma devono essere riconosciuti gli interessi alla legale ragione del 7%. Trattasi di interessi moratori, i quali rappresentano nelle obbligazioni pecuniarie i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 191). Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica *ex re*, secondo il brocardo "*dies interpellat pro nomine*"), negli altri casi, quando il creditore abbia inutilmente chiesto l'adempimento, di modo che essa decorre dalla "*interpellatio*" (cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI). Nella specie, per la decorrenza degli interessi moratori occorre fare riferimento alla clausola della polizza di assicurazione in cui è stabilita la data del pagamento degli indennizzi: "il pagamento di quanto dovuto viene effettuato il più presto possibile e comunque entro 15 giorni dalla data in cui la Società è venuta in possesso della documentazione prevista da questo contratto". Risulta dai documenti prodotti in atti che la documentazione è stata trasmessa alla Società convenuta in data 29 gennaio 1990, e pertanto gli effetti della mora si producono dal 14 febbraio 1990, senza la necessità della "*interpellatio*". Per cui devono essere riconosciuti gli interessi dal 14 febbraio 1990 sulla intera somma di L. 5.350.000=, e dal 24 aprile 1991 sulla residua somma di L. 4.150.000= fino al saldo.

Infine, va riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo gli indici ISTAT, a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla convenuta che non ha tempestivamente provveduto al pagamento. Tale danno deriva alla attrice dall'accertato minore potere d'acquisto della moneta, ed essa è stata costretta a subirlo per non avere avuto la disponibilità della somma conseguente al pagamento.

5. Le spese e gli onorari del presente giudizio, da liquidarsi con successivo e separato decreto vanno posti a carico della parte convenuta, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

## 65.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 27 aprile 1992.

S.n.c. Edilmec (Avv. P.L. Bacciocchi) : S.n.c. Colorificio 3 M (Avv. G. Burgagni) – Causa n. 164, anno 1990.

**Vendita – “Actio venditi” – “Actio doli” – “Dolus causam dans” – “Dolus incidens” – “Actio ex empto”.**

*Con l’actio venditi il venditore mira ad ottenere dal compratore l’esecuzione degli obblighi da questi assunti con il contratto di compravendita.*

*Essendo indispensabile, per la validità del contratto, l’esistenza del consenso delle parti, qualora quello di una di esse sia viziato, la vendita è nulla.*

*Il dolo è costituito da artifici e raggiri, che influenzano la volontà di uno dei contraenti, arrecando allo stesso un danno.*

*Il dolo deve essere rigorosamente provato.*

*Se il venditore ha dissimulato qualche difetto della cosa, è data al compratore l’actio empti, per effetto della quale si ha la rescissione del contratto.*

---

FATTO

Con atto di citazione in data 21 maggio 1990 la società in nome collettivo EDILMEC di Cappelli Enzo & C., in persona del suo legale rappresentante, ha convenuto avanti a questo Tribunale la società in nome collettivo COLORIFICIO 3 M di Benedettelli Massimo e C., in persona del suo legale rappresentante, per sentirla condannare “al pagamento in favore dell’attrice della somma di L. 8.821.000= o di quella minor somma che dovesse risultare, con interessi e danni da svalutazione a far data dal 1° gennaio 1986”.

Lamentava l’attrice che la convenuta si era obbligata con una scrittura privata in data 20 luglio 1983 a corrispondere alla attrice entro e non oltre il 31 dicembre 1985 la somma di L. 8.821.000=, detratte le spese relative all’atto pubblico ricevuto dal notaio Giovanni Battista Busignani ed avente ad oggetto la compravendita di un appezzamento di terreno sito nel Comune di Sant’Agata Feltria distinto al Catasto Rustico al F. 16 n. 375, e che nonostante i ripetuti solleciti, essa convenuta è rimasta inadempiente.

All’udienza fissata per la seconda citazione, si costituiva la convenuta a mezzo procuratore, il quale, nel richiesto termine statutario per rispondere ed eccepire, presentava domanda in via riconvenzionale, chiedendo: “a) dichiarare nulla e di nessun effetto la scrittura privata *inter partes* di cui la Edilmec chiede il pagamento, stipulata tra le parti il 20 luglio 1983 a San Marino, [...] e con le conseguenze dell’annullamento della medesima previste dal diritto comune, dalle leggi e dalla consuetudine; b) respingere la domanda attrice avanzata in via principale dalla Edilmec s.n.c.; c) condannare l’attrice principale al pagamento delle spese, funzioni ed onorari tutti del presente giudizio”.

Esponeva, infatti, la convenuta che il suo consenso era viziato, in quanto la attrice ha indotto in errore “con evidente *dolus malus* l’acquirente, attestando “edificabile” un

terreno che non ne aveva le caratteristiche, o meglio la cui edificabilità era condizionata alla esecuzione di una convenzione stipulata per la lottizzazione dei terreni, che prevedeva numerose opere di urbanizzazione e relative spese per i lottizzanti i quali, per lo più, si erano già pronunciati negativamente al momento della scrittura privata e del rogito notarile”.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi su istanza della procura attrice documenti e veniva ammesso ed escusso quale teste l'avv. Giovanni Battista Busignani (udienza del 13 giugno 1991).

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato le rispettive memorie conclusionali; all'udienza del 9 aprile 1992 si addiveniva all'irrotulazione della presente causa, dopo di che il presente fascicolo veniva trattenuto per la decisione.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso chiedendo la condanna della società convenuta “a corrispondere in favore della società Edilmec di Cappelli Enzo & C. s.n.c. la somma di L. 8.821.000= oltre interessi e svalutazione a far data dal 1° gennaio 1986. Il tutto con vittoria di spese e competenze del presente giudizio”.

La procura convenuta - e attrice in riconvenzione - ha, invece, richiesto: “1. l'annullamento del contratto stipulato in data 20/07/83 a San Marino, con restituzione da parte della Edilmec della somma a suo tempo pagata; 2. condannarsi l'attrice principale al pagamento delle spese, funzioni, onorari tutti del presente giudizio”.

## DIRITTO

1. Con il presente giudizio la società attrice esperisce l'*actio venditi*, al fine di ottenere dalla società convenuta il pagamento integrale del prezzo pattuito per la vendita dell'appezzamento di terreno sito nel Comune di Sant'Agata Feltria distinto al Catasto Rustico al F. 16 n. 375. La convenuta, invece, non contesta l'esistenza del contratto di vendita, né l'inadempimento all'obbligazione di pagare il residuo del prezzo, ma, con la domanda riconvenzionale, esperisce una azione volta ad ottenere l'annullamento di tale contratto, affermando che il suo consenso sarebbe stato viziato dall'errore circa l'edificabilità del terreno, in cui era incorsa per effetto del *dolus malus* del venditore.

In via preliminare, deve osservarsi che la domanda riconvenzionale avanzata dalla convenuta è stata ritualmente proposta. Tale domanda, infatti, è stata presentata nel corso del termine statutario per rispondere ed eccepire, e dunque prima dell'apertura dei termini di prova.

**La giurisprudenza sammarinese ha stabilito che la domanda riconvenzionale può essere avanzata nel corso della causa, anche senza citazione solenne, purché a tempo debito e cioè in modo da far salvo il contraddittorio** (cfr. la Sentenza del Commissario della Legge in data 18 agosto 1937, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 61), **ed altresì, che “la convenzione e la riconvenzione simul decidendae sint.** In via di eccezione [...] se la domanda principale è in istato di essere decisa e quella riconvenzionale è invece *multis ambagibus innodata* si debba spedire la prima e ritardare la seconda” (Sentenza del Commissario della Legge in data 27 maggio 1936, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 114 ss.). Tale ultimo assunto è posto dagli autori del diritto comune in correlazione al momento della presentazione della domanda riconvenzionale, per precisare che se questa è proposta al momento della costituzione in giudizio, deve essere decisa insieme alla domanda principale (“sebbene sia più sano partito pel reo il fare la riconvenzione subito al primo entrar della lite, affinché entrambe le liti procedano di pari

passo [...] talvolta nulla osta ch'essa venga fatta dappoi in qualsivoglia stato del processo: bene inteso però che in questo caso non va altrimenti decisa colla sentenza medesima anche la lite di riconvenzione": J. VOET, *Commento alle Pandette*, ed. riveduta e corretta da L. Fortis, Venezia, 1847, Lib. V, Tit. I, n. 80, p. 754).

Nel caso di specie, come già detto, la convenuta ha tempestivamente proposto la domanda riconvenzionale nel termine di cui alla rub. VI, Lib. II, § 111 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, sì che l'istruttoria della principale e della riconvenzionale è proceduta di pari passo, per cui le due domande devono essere decise con un'unica sentenza.

**2. Con l'actio venditi - che è una azione personale - il venditore mira ad ottenere dal compratore l'esecuzione degli obblighi da questi assunti con il contratto di compravendita. Siccome la principale obbligazione del compratore è quella di pagare il prezzo, l'actio venditi tende principalmente a conseguire tale pagamento.**

Il venditore può inoltre ottenere gli interessi sul prezzo, ma non il danno derivante dal ritardo nel pagamento (D. 19, 1, 13, §§ 19 e 20: "*ex vendito actio venditori competit ad ea consequenda, quae ei ab emptore praestari oportet. Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta: in primis pretium, quanti res venit; item usurae pretii post diem traditionis. Nam cum emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere*"). La dottrina del diritto comune conferma questi principi: "l'oggetto di questa azione è che il compratore paghi il prezzo e ne diventi proprietario quello che riceve il denaro pagato [...]. Mira questa azione anche a ciò che il compratore adempia tutti gli obblighi che gl'incombono o conseguentemente all'indole del contratto di compera o per effetto di patto speciale aggiuntovi, e massime gl'interessi della mora; equo essendo che, se il compratore ha nel frattempo il godimento della cosa, spettino al venditore gl'interessi del prezzo [...]. Peraltro non ottiene il venditore con questa azione, oltre gl'interessi, anche tutto quello che, ove non fosse la mora avvenuta, potuto avrebbe conseguire [...]. Similmente, per non essere stato pagato il prezzo, non è facoltativo al venditore di pretendere lo scioglimento della compera e la restituzione della cosa già trasferita mediante la tradizione; ma dee piuttosto far valer sua ragione perché sia adempiuto alla compera: quando non sia stato espressamente pattuito in origine che sia lecito recedere dalla compera per cagione di mora frapposta al compimento di essa" (J. VOET, *op. cit.*, Lib. XIX, tit. I, nn. 18, 20 e 21, pp. 139 ss. Si veda anche T.M. RICHERI, *Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia*, Lib. III, tit. XVII, nn. 2509 e 2510).

Il venditore che agisce contro il compratore per ottenere il pagamento del prezzo deve avere, a sua volta, adempiuto alla obbligazione di consegnare il bene, o comunque deve dichiararsi disposto a farlo: "riguardo alla quistione chi debba prima adempiere al contratto, se il compratore od il venditore, pare doversi rispondere che chi procede in giudizio, cioè vi esercita azione, sia egli il compratore od il venditore, dee per primo dal canto suo adempiere e mantenere tutto ciò che pel contratto è obbligato di prestare" (J. VOET, *op. loc. ult. cit.*, n. 23. Cfr. anche, nello stesso senso R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, Lib. XIX, tit. I, n. 872). Tali assunti sono stati fatti propri dalla giurisprudenza sammarinese (cfr., ad esempio, sentenza del Commissario della Legge pubblicata in data 18 aprile 1991 nella causa civile n. 418 dell'anno 1988).

Nella specie, pur non essendo stata prodotta in atti la scrittura privata in data 20 luglio 1983, né l'atto pubblico di compravendita rogato dal notaio avv. G.B. Busignani, non risultano contestazioni circa l'avvenuta *traditio* del terreno, e nemmeno sul fatto dell'inadempimento del convenuto acquirente circa il pagamento della somma di £.

8.821.000=, che rappresenta la parte residua del prezzo ancora da versare. Sussistono, dunque, tutte le condizioni previste per l'*actio venditi*, e per pronunciare, di conseguenza, la condanna della parte convenuta.

Si deve peraltro evidenziare che l'*actio venditi* - così come l'*actio empti* - possono essere esperite solo qualora il contratto di compravendita sia valido ed efficace. Se questo fosse, invece, invalido, per qualunque motivo, tale azione dovrebbe essere respinta, prevalendo l'azione diretta a far dichiarare la nullità del contratto.

3. La procura convenuta nella domanda riconvenzionale afferma che il contratto *de quo* deve considerarsi nullo in quando il consenso della società acquirente era viziato, poiché l'attore aveva "indotto in errore, con evidente *dolus malus* l'acquirente, attestando edificabile un terreno che non ne aveva le caratteristiche", assumendo che "se l'acquirente fosse stato a conoscenza del vizio dell'oggetto del contratto, questo non si sarebbe certamente concluso", mostrando di esperire l'*actio doli*. Nelle finali allegazioni, peraltro la procura convenuta fa riferimento ad "un'azione di nullità o rescissione *ex empto*, che si può intentare in caso di mancanza, nella cosa venduta, delle qualità espressamente pattuite, con risarcimento dei danni".

E' d'uopo dunque procedere a verificare se nella specie vi sia stato dolo del venditore, che abbia viziato il consenso del compratore, e quindi nullità della vendita.

*E' noto che la vendita è un contratto consensuale (D. 18, 1, 9: "In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est. Ceterum sive in ipsa emptione dissentient, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est"). Perché sussista un valido contratto di compravendita è dunque indispensabile l'esistenza del consenso delle parti, unitamente alla determinazione della cosa e del prezzo (cfr. DE LUCA, Dottor Volgare, Lib. VII, parte II, cap. I, n. 4: "il contratto della compra e vendita desidera necessariamente i tre requisiti; cioè il medesimo consenso valido, e perfetto; la cosa certa; ed il prezzo certo, senza li quali non si dice vendita valida e perfetta". Nello stesso senso J. VOET, op. ult. cit., Lib. XVIII, tit. I, n. 1: "tre sono i requisiti essenziali di questo contratto: il consenso, la merce ed il prezzo: dove manchi uno di questi, non c'è compera").*

*La dottrina ha evidenziato che "osta al consenso il timore ed il dolo" e anche "l'errore, il quale tal fiata rende nulla la compera" (J. VOET, op. loc. ult. cit., nn. 4 e 5). In definitiva, qualora il consenso di una delle parti sia viziato in modo che possa escludersi che questa l'abbia effettivamente prestato, la vendita sarà nulla, con tutte le conseguenze del caso.*

*Secondo il diritto romano classico il dolus è costituito dagli artifizii e raggiri che influenzano la volontà di uno dei contraenti, arrecando allo stesso un danno. Secondo la definizione, riportata da Ulpiano in D. 4, 3, 1, § 2, "dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem, quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, et aliud agitur. Labeo autem posse sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari: sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua vel aliena. Itaque ipse sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam" (tale è anche la definizione accolta dalla giurisprudenza sammarinese. Cfr. la sentenza del Commissario della legge in data 20 agosto 1931, Giur. samm., 1931-32, p. 32). Il dolo, pertanto, consiste in un comportamento diretto ad indurre o a mantenere altri in errore, perché manifesti il suo consenso alla conclusione di un contratto che, se conoscesse come in realtà stanno le*

*coese, non avrebbe concluso, o comunque avrebbe concluso a condizioni diverse. Il dolo si esercita non solo con atti positivi, ma anche con un atteggiamento meramente passivo di fronte all'errore altrui, che sarebbe doveroso, rispetto al principio della diligenza, eliminare nei rapporti contrattuali.*

*Nell'epoca del diritto intermedio, emerse, con i glossatori, la distinzione tra *dolus causam dans* e *dolus incidens*. Nel primo caso, il contraente senza il dolo non avrebbe concluso il contratto, per cui nei contratti *bonae fidei* (quale era ad esempio, la vendita) il contratto era considerato non perfetto, e quindi era concessa l'azione diretta alla dichiarazione di nullità; nel secondo caso, invece, siccome il contraente senza gli artifici, avrebbe ugualmente concluso il contratto, ma a condizioni diverse, era data una azione *ex contractu* contro l'acquirente per costringerlo a dare il giusto prezzo o a restituire il bene in cambio del prezzo ingiusto pagato. Se la *traditio* aveva avuto luogo, nel caso di *dolo causam dans* era data all'alienante l'*actio doli* per rendere inefficace la *traditio* e riavere la *res tradita*. Ciò in considerazione anche del carattere residuale e sussidiario dell'azione di dolo, la quale spettava quando non vi erano altri rimedi tipici da esperire (J. VOET, op. cit., Lib. IV, tit. III, n. 3: "se il dolo diede causa ad un contratto di buona fede, questo è nullo issoiure, senza che vi sia bisogno della restituzione in intero. E siccome ciò che è nullo non può produrre verun effetto; così non si può ritenere trasferito nel compratore né il dominio, né verun altro diritto in forza della tradizione susseguita ad un affare nullo").*

*Il dolo, peraltro, occorre che sia provato: "come non si può presumere il timore, e bisogna provarlo, così anche il dolo conviene che sia provato: e conciossiachè questo sta nell'animo, fu rescritto che non d'altronde lo si può meglio desumere e farne ragione, che dalla qualità del fatto e quindi dalle circostanze", tanto che l'azione non può essere esperita quando non sia chiaramente provato un "grande ed evidente raggirio" (J. VOET, op. loc. ult. cit., n. 2 e 13. R.G. POTHIER, op. cit., Lib. IV, tit. III, n. 1, precisa che "uopo è che concorrano tre requisiti, affinché abbia luogo questo editto: 1° che sia stata fatta qualche cosa con dolo malo; e che il dolo sia stato provato da indizi evidenti; 2° che alcuno sia stato ingannato in cosa non piccola; 3° che quegli che soffre il dolo non abbia altro rimedio legale").*

*L'*actio doli* può essere esperita entro il termine di due soli anni (C. 2, 21, 3 e 8), "computabili dal dì in che fu commesso il dolo, non dal dì in che se n'ebbe contezza, sicché entro quello spazio di tempo debbe l'azione essere incoata e finita, qualora chi ha sofferto il dolo non sia impedito ad esercitarla per assenza di causa di pubblico servizio. Ciò nullaostante è fuor di controversia che l'azione contra il fatto per tanto in quanto l'avversario si avvantaggiò del dolo, debb'essere data in perpetuo" (J. VOET, op. loc. ult. cit., n. 12).*

*Quanto agli effetti della nullità, la giurisprudenza sammarinese, sulla scorta del diritto comune, ha affermato che "la nullità di un contratto rimette le parti nello stato in cui si trovavano prima dell'atto impugnato ed importa la restituzione di quanto fu dato o pagato, con tutti gli accessori e tale restituzione è reciproca", (Sentenza del Commissario della legge in data 24 gennaio 1961, Giur. samm., 1964, fasc. 2, p. 236 ss.).*

Nella presente fattispecie non risulta peraltro essere provato il dolo dell'alienante. Nella sua deposizione testimoniale l'avv. G.B. Busignani afferma che "il terreno veniva dichiarato edificabile perché tale destinazione doveva essere prevista nel piano regolatore del Comune di Sant'Agata Feltria e quindi se ne garantiva la edificabilità al



momento”, mentre riguardo alla esistenza della costruzione di opere di urbanizzazione da parte del proprietario del lotto e dei lotti circostanti, egli risponde che “non mi risulta che si parlò di questi aspetti all’atto della redazione intervenuta tra le parti”. La procura attrice, tuttavia, ha prodotto in atti un certificato rilasciato dal Sindaco del Comune di Sant’Agata Feltria, dal quale risulta testualmente “che il terreno sito in località CAMPO DEL ROSSO descritto al vigente Catasto Terreni di questo Comune al Foglio 16 con il mappale 375 della superficie di mq 1246, fa parte del lotto n. 23 della lottizzazione di Campo del Rosso convenzionata con atto del Notaio Giglioli in data 03.03.1979; che detta convenzione, ora scaduta, aveva una validità di anni 10, per cui nel 1983 era ancora operante”, la quale mostra, al contrario, che esisteva, al momento della conclusione del contratto, l’edificabilità del terreno *de quo*. Come già evidenziato, non è stata prodotta in atti né la scrittura privata né l’atto pubblico di vendita, onde non è possibile verificare se effettivamente vi fu un comportamento doloso dell’alienante al momento della conclusione del contratto con riguardo sia alla edificabilità, sia alla effettiva esistenza di oneri di urbanizzazione a carico del lottizzante talmente gravosi, da indurlo a non concludere il contratto medesimo.

In definitiva non risulta provato dagli atti di causa che l’attore abbia indotto in errore il convenuto attraverso un comportamento in malafede, posto in essere mediante artifici e raggiri. E siccome, rispetto alla azione riconvenzionale, il convenuto è attore, incombeva a lui fornire la prova del dolo, sulla base del principio dell’*onus probandi*, secondo cui la prova spetta a colui che afferma il fatto su cui si fonda il suo diritto, e non a colui che nega (D. 22, 3, 2: “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”, e D. 22, 3, 21: “*semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit*”).

Va inoltre segnalato che, in siffatta ipotesi, il compratore ha a disposizione l’*actio ex empto*, la quale, costituendo lo strumento di tutela tipica, deve essere esperita invece dell’*actio doli*.

4. Invero la procura convenuta sembra far riferimento all’*actio empti* allorché, nelle finali allegazioni, richiede di dichiarare la nullità della scrittura privata di vendita, “per la mancanza, nella cosa venduta, delle qualità espressamente pattuite”.

*Secondo il diritto romano, se era stato pattuito che la cosa venduta dovesse avere certe qualità, il venditore era tenuto a consegnare la cosa avente le qualità stabilite. Tale patto poteva essere espresso (D. 21, 1, 17 § 20) o anche tacito (D. 19, 1, 21, § 2), come quando, ad esempio, per le circostanze in cui era stato concluso il contratto, poteva intendersi che le parti avevano considerato esistenti certe qualità. In mancanza delle qualità tacitamente pattuite, il compratore aveva il diritto al risarcimento del danno, mentre nel caso di patto espresso, erano accordate le azioni edilizie. In sostanza, si aveva la risoluzione del contratto e conseguente risarcimento danni. Tale disciplina continuò ad essere applicata nel diritto comune, ove la c.d. cauzione di dolo fu considerata un elemento naturale della vendita (R.G. POTHIER, op. cit., Lib. XIX, tit. I, n. 55: “nel contratto di compera di rado soglionsi aggiungere queste parole: il venditore non dovrà commettere dolo malo. Chè, se anche non fu fatta questa aggiunta, il venditore non dee commettere dolo”. Si veda anche T.M. RICHERI, op. cit., Lib. III, tit. XVII, n. 2491). In particolare, se il venditore ha dissimulato qualche difetto della cosa, è data al compratore l’actio empti, per effetto della quale si avrà la rescissione del contratto “quando è probabile che il compratore non fosse per comperare la cosa se ne avesse conosciuti i difetti” (R.G. POTHIER, op. loc. ult. cit., n. 57).*

*E' evidente che, in tal caso, il contratto viene parimenti considerato invalido; ciò che cambia, rispetto all'actio doli, è infatti solo il nomen dell'azione, ma non la sostanza - se si eccettua il carattere infamante dell'actio doli - e soprattutto gli effetti della stessa (osserva infatti WINDSCHEID, Il diritto delle Pandette, I, p. 327, nota 2 che nelle fonti romane - e anche nel diritto intermedio - veniva usata l'espressione rescindere in riferimento a negozi giuridici nulli).*

Nella specie, tuttavia, non si tratta di vizio occulto della cosa, né, all'epoca della conclusione del contratto, vi era mancanza di qualità del terreno venduto. L'edificabilità è infatti venuta meno solo nel 1989, ben sei anni dopo la conclusione del contratto di vendita.

In definitiva, non può essere dichiarata la nullità del contratto *de quo*, poiché non risulta - almeno allo stato degli atti - che esso sia stato concluso dal compratore per effetto del dolo del venditore.

Infine, e per completezza di trattazione, deve osservarsi che non sussiste la prova di "sopraggiunti accordi tra le parti per cui la parte venditrice aveva rinunciato al pagamento del residuo". E' infatti principio costante della giurisprudenza sammarinese che "spetta all'attore provare l'esistenza delle obbligazioni di cui domanda il pagamento e spetta al convenuto dimostrare l'avvenuto pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione dei suoi obblighi" (sentenza del Commissario della Legge in data 26 luglio 1935, *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 64).

5. In conclusione deve essere respinta, in quanto non provata, la domanda riconvenzionale avanzata dalla parte convenuta, e, in accoglimento della domanda principale, la convenuta deve essere dichiarata inadempiente, e condannata al pagamento, in favore della parte attrice, della somma di L. 8.821.000= quale residuo del prezzo del terreno sito nel Comune di Sant'Agata Feltria distinto al Catasto Rustico al F. 16 n. 375, acquistato dalla stessa il 20 luglio 1983.

Su detta somma devono essere riconosciuti gli interessi moratori alla legale ragione del 7% dal 1° gennaio 1986 all'effettivo soddisfo. Trattasi di interessi moratori, i quali rappresentano nelle obbligazioni pecuniarie i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 191). Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica *ex re*, secondo il brocardo "*dies interpellat pro homine*"), negli altri casi, quando il creditore abbia inutilmente chiesto l'adempimento, di modo che essa decorre dalla "*interpellatio*" (cfr. J. VOET, op. cit, Lib. XXII, tit, I, nn. 25 e 26). Nella specie, era stato stabilito che il pagamento dovesse avvenire entro e non oltre il 31 dicembre 1985, e pertanto gli effetti della mora si producono da tale data, senza la necessità della "*interpellatio*".

Infine, va riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo gli indici ISTAT, a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla convenuta che non ha tempestivamente provveduto al pagamento. Tale danno deriva alla attrice dall'accertato minore potere d'acquisto della moneta, ed essa è stata costretta a subirlo per non avere avuto la disponibilità della somma conseguente al pagamento.

6. Le spese e gli onorari del presente giudizio, da liquidarsi con successivo e separato decreto vanno posti a carico della parte convenuta, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

## 66.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 8 maggio 1992.

A.L. (Avv. A.S. Belluzzi) : Istituto per la Sicurezza Sociale (Avv. R. Cesarini e L. Daniele) – Causa n. 137, anno 1988.

**Sicurezza sociale – Cure urgenti e all'estero – Convenzione italo-sammarinese in materia di sicurezza sociale.**

*Le disposizioni della convenzione italo-sammarinese in materia di sicurezza sociale non possono essere invocate per limitare il diritto, riconosciuto al cittadino sammarinese, al quale l'Istituto è tenuto ex lege a garantire la sicurezza sociale ed in particolare quelle prestazioni sanitarie alle quali ogni cittadino sammarinese ha diritto.*

---

FATTO

Con istanza di citazione depositata il 31 marzo 1988 l'attore ha chiamato avanti questo Tribunale il convenuto per sentirlo "condannare, ogni contraria istanza rimossa, al rimborso completo delle spese sostenute dall'istante e da esso Istituto dovute in virtù della Legge istitutiva dell'Ente, avendo l'istante tutti i requisiti da tale legge previsti, accogliendo le ragioni sopra esposte".

Lamenta l'attore, portatore "di una massa solida ai polmoni di sospetta natura eteroplastica", sulla quale, da parte dei sanitari dell'Istituto convenuto non era stato eseguito alcun intervento, di essersi dovuto privatamente rivolgere al prof. Pietro Sette di Bologna.

Lamenta altresì l'attore di aver informato "i medici sammarinesi", che non era possibile realizzare l'intervento, né presso l'Ospedale di Stato, né presso il Policlinico Sant'Orsola di Bologna, per cui, ritenendolo un caso di urgenza, decise il ricovero presso una struttura privata, dove l'intervento si è felicemente concluso.

Lamenta infine che l'Istituto convenuto ha autorizzato il rimborso delle spese, limitatamente però alla retta di degenza presso una struttura pubblica convenzionata per una durata di giorni venti e non ha voluto sostenere le intere spese.

Costituitasi la parte convenuta, ha richiesto il termine statutario per rispondere ed eccepire.

Con successiva comparsa del 15 settembre 1988 i procuratori della parte convenuta hanno eccepito che, all'udienza fissata per la costituzione, la parte attrice non ha riprodotto la citazione.

Con decreto del 15 settembre 1988, preso atto che l'attore non aveva confermato la citazione, il convenuto era stato assolto dal giudizio. Si opponeva il procuratore dell'attore, dichiarando che la volontà di proseguire il giudizio era stata manifestata anteriormente all'eccezione del convenuto. Revocato il decreto, l'eccezione non è stata ulteriormente coltivata.

Nei termini di prova sono stati depositati documenti da entrambe le parti: sulle riserve, relative ai documenti depositati nell'interesse dell'attore, si deve riconoscere e dichiarare che sono tutti influenti ai fini di causa.

Sempre nell'interesse dell'attore è stato ammesso un testimone, nella persona dell'Aiuto Medico della Divisione di Medicina Generale dell'Ospedale di Stato, che ha confermato il sospetto che la "massa polmonare", individuata a carico dell'attore, fosse di "natura neoplastica", e che gli accertamenti presso l'Ospedale, e poi presso il Policlinico, furono lunghi e scrupolosi, senza però pervenire ad una decisione di intervento. Ha inoltre confermato che l'attore, visitato in forma privata dal Prof. Pietro Sette, fu dallo stesso consigliato di sottoporsi ad intervento chirurgico, riconosciuto, anche dal testimone, quale unica terapia.

L'attore ha anche richiesto, come testimone, il Medico Fiscale in organico presso l'Istituto convenuto, che ha dichiarato come già, presso l'Ospedale di Stato, fosse stato diagnosticato a carico del medesimo attore una "neoplasia polmonare" e che l'intervento chirurgico non era stato praticato soltanto perché l'attore era affetto da grave insufficienza respiratoria.

Il medico fiscale ha inoltre confermato che, a seguito del consulto del Prof. Sette, l'attore è stato sottoposto ad intervento chirurgico e che, conseguentemente, si è ritenuto di dover contribuire "nelle spese nella misura consueta con rimborso della quota che l'Istituto avrebbe sostenuto presso la struttura pubblica, in quanto non esisteva richiesta dei sanitari dell'I.S.S. per il ricovero in struttura privata". Ha inoltre affermato che "considerando l'alta qualificazione del servizio di chirurgia toracica dell'Ospedale Sant'Orsola di Bologna, che aveva deciso la non operabilità per l'assistito Angeli Lino", poteva affermare di non aver "riconosciuto lo stato di urgenza e di necessità di intervento in questo caso".

Nel termine reprobatorio è stato ammesso quale testimone il Direttore Generale dell'Istituto per la Sicurezza Sociale, il quale ha dichiarato che l'istanza dell'attore per il ricovero nella casa di cura privata Villa Regina di Bologna, presentata il 1° dicembre 1987, è stata esaminata il 14 marzo 1984, e che comunque non esiste una richiesta dei sanitari dell'Istituto convenuto presso una clinica privata non convenzionata. Tale richiesta - precisa il testimone - è condizione essenziale per il rimborso totale delle spese sostenute dall'assistito in clinica privata non convenzionata assieme alla autorizzazione della competente Commissione. Ha infine dichiarato che "la Commissione Esecutiva dell'Iss ha deliberato un rimborso parziale delle spese sostenute dall'assistito e pari all'onere che sarebbe stato sostenuto in struttura pubblica, perché il ricovero in clinica privata era avvenuto per scelta dell'assistito e non a seguito di richiesta dei sanitari" dell'Istituto convenuto. La testimonianza del Direttore, ammessa con riserva, è da ritenersi, e quindi anche dichiararsi per alcuni aspetti ammissibile, ma non influente e rilevante ai fini di causa.

Risulta però con certezza, anche dalla documentazione prodotta, che l'attore, anzi i suoi familiari, ma nel di lui interesse, hanno presentato tempestivamente richiesta alla competente Commissione Esecutiva, dichiarando che avrebbero usufruito di una struttura privata e chiedendo il rimborso delle spese.

Risulta inoltre che il Medico Fiscale, con riferimento del 9 dicembre 1987, verificata la diagnosi, ha tempestivamente prospettato alla Commissione Esecutiva per i Servizi Sanitari dell'Istituto, le due soluzioni, uniche e possibili, cioè del "trattamento palliativo ma senza rischi", da eseguirsi in struttura pubblica, e del "trattamento radicale con

conseguenti rischi”, da eseguirsi in struttura privata, lasciando alla volontà dell’interessato – l’attore - o dei di lui familiari, la serena determinazione finale.

Aperto il termine ad allegare nelle finali memorie in diritto il procuratore dell’attore ha concluso insistendo perché la parte convenuta venga “condannata al rimborso nei confronti dello stesso di tutte le spese sostenute, in atti documentate e ammontanti a £.15.029.319= oltre gli interessi maturati dalla citazione fino all’effettivo pagamento e alla rivalutazione monetaria. Dovrà essere altresì condannato al pagamento di tutte le spese di giudizio e degli onorari legali come saranno liquidati da S.S. il Commissario della Legge in sentenza”.

I procuratori della parte convenuta hanno concluso chiedendo che si “respinga l’istanza attrice in quanto infondata, con vittoria di spese ed onorari”.

### DIRITTO

1) I riferimenti a dati e fatti che compaiono nella memoria finale del convenuto Istituto non risultano dagli atti depositati in causa. Su tali documenti non è stato aperto alcun contraddittorio: ci si vuole espressamente riferire alla c.d. “relazione clinica” della quale non c’è traccia nel fascicolo delle prodotte e che non è mai stata depositata dal convenuto Istituto, né durante i termini probatori, né durante il termine reprobatorio. Naturalmente tale relazione non è stata neppure depositata nell’interesse dell’attore.

Il convenuto Istituto ha prodotto in atti il 27 giugno 1991, due soli documenti, segnati nell’indice delle prodotte ed i soli irrotolati: dal primo di tali documenti, la “delibera Commissione Esecutiva Iss n.1 del 14 marzo 1988”, risulta che il Medico Fiscale ha proposto i due soli e possibili trattamenti, ricordando alla Commissione, che ogni scelta, per i rischi che essa comportava, spettava soltanto all’attore o ai suoi familiari.

Non è quindi vero, che l’autorizzazione dei sanitari dell’Istituto non esisteva: allo stato degli atti, i soli ai quali deve attenersi il giudicante, il Medico Fiscale, con sicura deontologia professionale, rimetteva alla Commissione solo la decisione a restituire le spese incontrate, perché sulla necessità dei trattamenti sanitari non esprimeva alcun negativo giudizio. Con il suo tempestivo riferimento del 9 dicembre 1987 ha infatti espressamente dichiarato alla competente Commissione che due erano i soli e possibili trattamenti e che la scelta, per il contenuto morale che tale decisione comportava, spettava soltanto all’attore o ai suoi familiari. Il riferimento è sufficientemente motivato sul piano tecnico e non deve assumere ulteriori aspetti formali per il perfezionamento di una finale deliberazione. Tale è la situazione di fatto e tale doveva e poteva essere presa in considerazione dalla Commissione, che doveva valutarla soltanto secondo le competenze che le sono espressamente attribuite dalla Legge.

Le eccezioni pertanto che sono state mosse dal convenuto Istituto, peraltro allegando una documentazione non esistente negli atti di causa, sono destituite di fondamento probatorio e non possono essere accolte.

2) L’attore conclude chiedendo l’applicazione della Legge istitutiva dell’Istituto per la Sicurezza Sociale.

L’art. 1, primo comma della Legge 22 dicembre 1955, n°. 42, “che istituisce un sistema obbligatorio di sicurezza sociale”, prescrive che “hanno diritto alle prestazioni sanitarie tutti i cittadini sammarinesi colpiti da malattia”.

Il secondo comma dell’art. 9 della Legge 8 luglio 1974, n. 59, più nota come Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell’ordinamento

sammarinese, stabilisce poi che “tutti i cittadini hanno diritto alla sicurezza sociale”, confermando, se ce ne fosse stato ancora bisogno, il diritto all’integrità fisica, già previsto dal ricordato art. 1.

In particolare però l’art. 3 della citata Legge 22 dicembre 1955, n°. 42, al secondo comma, prevede che “le prestazioni sanitarie vengono erogate gratuitamente e in forma diretta [...], nonché tramite le case di cura e i medici specialisti convenzionati con l’Istituto o presso specialisti convenzionati con l’Istituto o presso i quali l’assistito sarà avviato a cura dell’Istituto stesso”.

Eccepisce la parte convenuta che in forza della Convenzione tra la Repubblica di San Marino e la Repubblica Italiana in materia di Sicurezza Sociale, resa esecutiva con decreto 25 luglio 1975, n.20, e in particolare in forza dell’art. 13, per aver diritto alle prestazioni sanitarie nell’altro Stato occorre una autorizzazione da parte dell’istituzione competente, cioè dell’istituzione alla quale l’interessato è iscritto al momento della domanda di prestazione. E nel caso del cittadino sammarinese dell’Istituto per la Sicurezza Sociale.

Deve in primo luogo darsi atto che il citato art. 13 disciplina soltanto il caso di prestazioni sanitarie dovute ai “lavoratori” - cioè, come dice la lettera della legge “i lavoratori che soddisfano alle condizioni richieste dalla legislazione dello Stato competente” - , non dei “cittadini”, cui invece il convenuto Istituto è tenuto ex lege a garantire la sicurezza sociale e in particolare quelle “prestazioni sanitarie”, alle quali ogni cittadino sammarinese ha diritto. Da questo punto di vista la norma allegata dalla difesa dell’Istituto è da ritenersi speciale, rispetto all’enunciazione di principio di cui al secondo comma dell’art. 9 della Legge 8 luglio 1974, n. 59.

La dottrina del diritto comune ammette normalmente, come operazione esegetica, quella che si fonda a *ratione legis* generali. Per argomentare a *ratione legis* speciali è invece necessario che la norma speciale enunci ugualmente principi generali: “a *ratione legis* generali argumentamur cum demonstrare nitimur legem generaliter esse intelligendam, licet spoeialis sit, cum tamen ratio legis sit generalis” – “argomentiamo dalla ratio generale della legge, quando cerchiamo di dimostrare che una legge deve essere compresa in generale; quand’anche sia speciale, purché la ratio della legge sia generale” (cfr.I.Bellonus, *De argumentis legum* [...] tractatus, ed. Lugduni 1551, p.100).

L’applicazioni di canoni esegetici non è soltanto formale, ma di sostanza, perché l’attore ha espressamente richiesto fin dalla prima istanza l’attuazione del diritto alla sicurezza sociale, quale è enunciato dall’art. 1 della Legge 22 dicembre 1955, n°. 42, e ha richiesto le prestazioni sanitarie non come lavoratore, ma come cittadino sammarinese.

La convenzione non può essere invocata in quelle parti che possono anche essere usate per limitare il diritto alla sicurezza sociale, riconosciuto al cittadino sammarinese, quando invece devono essere richiamate ben altre affermazioni di principio - *leggi ratio legis generalis* - che la stessa convenzione enuncia all’art.2 sub 1) – “la presente convenzione si applica a tutte le legislazioni relative alle seguenti prestazioni di sicurezza sociale: a) le prestazioni di malattia e di maternità” - e sempre all’art. 2, sub 2) – “la presente convenzione si applica altresì ai regimi di sicurezza sociale generali e speciali, contributivi e non contributivi, compresi i regimi relativi agli obblighi del datore di lavoro, concernenti le prestazioni di cui al paragrafo precedente” -, per ricordare che si deve applicare a tutti i cittadini.

3) E' vero che la lettera dell'art. 13 ha portata generale e deve essere intesa in generale: ne discende quindi che il termine lavoratori della convenzione, nell'ordinamento sammarinese comprende, anzi è sinonimo, di tutti i cittadini.

Da questo punto di vista l'attore, che è cittadino sammarinese, è nella condizione subiettiva richiesta anche dalla convenzione.

Dobbiamo ora verificare, se nell'ordinamento interno sammarinese, non in quello dell'altra parte contraente, che non ci interessa ai fini dell'attuazione della norma sammarinese, l'attore possa soddisfare "alle condizioni richieste dalla legislazione dello Stato competente per aver diritto alle prestazioni".

Chiarisce l'art.1, sub e) che "il termine «Stato competente» designa lo Stato contraente nel cui territorio si trova l'istituzione competente", cioè l'Istituto convenuto in causa.

Secondo quanto viene correttamente affermato dalla difesa del convenuto "per poter beneficiare di prestazioni sanitarie adatte allo stato di salute del paziente occorre un'autorizzazione, da parte dell'Istituzione competente, a recarsi nel territorio dell'altro Stato contraente risultante da apposito attestato che ne certifichi il diritto, attestato che per motivi di forza maggiore può anche essere rilasciato dopo la partenza e su richiesta dell'interessato".

Premesso che nell'ordinamento interno la "certificazione del diritto" non può neppure ritenersi necessaria, dato che ex lege generali ne hanno diritto tutti i cittadini, ne discende immediatamente che è la Commissione che ha competenza a rilasciare l'altra autorizzazione, quella a recarsi nell'altro Stato per ottenere prestazioni di malattia.

Come emerge dagli atti di causa tale autorizzazione si perfeziona attraverso una richiesta del medico curante o anche dello stesso interessato, una ricognizione tecnica e un provvedimento della Commissione Esecutiva preposta ai Servizi Sanitari e al Settore Socio-sanitario.

4) Secondo la Legge 20 novembre 1982, n. 100, sulla dotazione organica dei Dipartimenti e settori autonomi dello Stato, al Medico Legale e Fiscale sono attribuite varie funzioni. Tralasciando quelle, che non interessano il caso in decisione, è invece più opportuno ricordare che il Medico Legale e Fiscale "collabora per [...] pareri medico legali in tema di prestazioni di urgenza", "identifica gli stati morbosi con riferimento a diritti assicurativi" e infine "autorizza la concessione di prestazioni assistenziali particolari".

Su tali funzioni, attribuite dalla Legge all'ufficio del Medico Legale e Fiscale, si deve individuare l'ambito della sua competenza all'interno del "Dipartimento Sanità e Sicurezza Sociale" e, naturalmente, le sue responsabilità e la sua autonomia.

Infatti tra le norme generali, relative alla dotazione del Dipartimento, al punto 5 in particolare, è stabilito che "le funzioni che la legge attribuisce all'Ufficiale Sanitario sono demandate ai Dirigenti dei servizi sanitari, secondo gli specifici ambiti di competenza". Sui limiti che subisce la competenza attribuita al personale la Legge prescrive soltanto in negativo, ove è detto, sempre alle norme generali, ma al punto 4, che "il personale del Dipartimento che non viene assegnato ai singoli servizi, dipende gerarchicamente dal Direttore Generale". Ne discende pertanto che la competenza del Medico Legale e Fiscale deriva soltanto dalle funzioni svolte e riconosciute per Legge al suo Ufficio. E si deve concludere che la competenza dell'Ufficio del Medico Legale e Fiscale non costituisce una situazione organizzativa interna del Dipartimento, ma ha fondamento positivo, perché prevista e sanzionata ex lege.

Tale situazione nella quale si colloca l'Ufficio del Medico Legale e Fiscale deve essere presa in considerazione per accertare in primo luogo che nel caso di specie la "richiesta dei sanitari" esite, e per contestare con fermezza che la domanda dell'attore del 27 novembre 1987, anche sul piano strettamente formale, non è un "ricorso in materia di prestazioni", ma è una vera e propria domanda di prestazioni sanitarie, perfezionata tempestivamente dalla richiesta dell'Ufficio competente. E' infatti all'Ufficio del Medico Legale e Fiscale che si deve riconoscere la competenza ad identificare "gli stati morbosi con riferimento a diritti assicurativi", sia rispetto a "prestazioni di urgenza", sia rispetto a "prestazioni assistenziali particolari".

Deve quindi in questa sede essere fermamente respinta l'affermazione della difesa del convenuto Istituto "ciò che non risulta invece, nemmeno nella relazione clinica dei sanitari sammarinesi - annoto, ancora una volta, non prodotta in atti di causa, ma evidentemente trattenuta in pectore dal convenuto - è una richiesta di invio del paziente presso il prof. Sette per consulto ed un intervento chirurgico ritenuto essenziale che avrebbe comportato senz'altro un provvedimento di autorizzazione in tal senso da parte dell'organismo competente dell'Iss".

Ai fini della decisione é vero, perché processualmente accertato, soltanto che il consulto è stato esperito sulla sola richiesta dell'attore: si dovrà semmai escludere la somma di £. 250.000= documentata con ricevuta n. 68 del 5 novembre 1987 pagate dall'attore al Prof. Pietro Sette per "consulto presso la casa di cura Villa Regina in Bologna". Va da sé poi che trovandosi in pericolo di vita l'attore abbia voluto sentire anche qualche altro sanitario sulla sua malattia. E' una forma di contraddittorio che appare del tutto legittima anche se è fondato negare il rimborso, perché non è stato preventivamente richiesto al convenuto Istituto.

Per non cadere in pericolose deviazioni si vuole ricordare che oggetto di causa è la richiesta di prestazioni sanitarie da parte di un cittadino sammarinese; che i documenti prodotti dal convenuto Istituto sono soltanto due ed è in base a questi che si deve giudicare; che il riferimento dell'Ufficio del Medico Legale e Fiscale conosce e valuta preventivamente l'intervento del Prof. Sette, che ha poi avuto esito positivo; che tale valutazione è stata tempestivamente portata alla conoscenza della Commissione.

Tutto il resto non interessa, perché non è negli atti di causa.

5) L'art. 37 della legge 16 maggio 1981, n. 36 al secondo comma, stabilisce che il servizio ospedaliero e specialistico è diretto da un responsabile, ma è coordinato collegialmente. Il comma successivo afferma che sono definite per legge "la composizione e le funzioni dell'organismo collegiale dello Stato".

E' importante annotare che i fatti di causa sono precedenti alla Legge 10 marzo 1988, n. 35 sulla "istituzione della Commissione degli accertamenti sanitari individuali".

Secondo l'art. 8, sub 3, della Legge 28 maggio 1975, n. 9, la Commissione Esecutiva dell'Iss delibera "sui ricorsi degli interessati contro i provvedimenti presi dall'Istituto in applicazione di leggi riguardanti l'attività dell'Istituto stesso".

Ora l'art. 56, primo comma, della Legge 22 dicembre 1955, n°. 42, stabilisce che "contro i provvedimenti dell'Istituto per la sicurezza Sociale inerenti alla concessione di prestazioni ed in genere all'attuazione delle disposizioni previste nella presente legge e successive norme è ammesso ricorso in via amministrativa, entro trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento impugnato, alla Commissione per l'Assistenza, che deve pronunciarsi sul ricorso stesso entro i successivi trenta giorni". Appare ozioso, ma



purtroppo necessario, annotare che la successione nelle fonti ha trasferito la competenza alla decisione sui ricorsi alla Commissione Esecutiva.

Orbene, seguendo la tesi difensiva del convenuto Istituto ammettiamo, ma solo per assurdo, che la lettera dei familiari dell'attore del 27 novembre 1987, possa essere considerata non come una richiesta, bensì come un ricorso contro la ormai decisa inattività dei sanitari, cui l'Istituto aveva affidato le prestazioni dovute per legge all'attore. Ammettiamo pure che la Commissione avrebbe potuto conoscere la lettera anche in questa forma. Si deve però necessariamente dichiarare che la conseguente deliberazione della Commissione Esecutiva, pronunciata il 14 marzo 1988, è sicuramente tardiva rispetto ai termini di trenta giorni disposti dalla legge.

L'obbligo di una pronuncia entro un termine è sicuramente essenziale ai fini della perfezionalità ed esecutorietà della decisione stessa. Il provvedimento ha natura amministrativa, è giustificato dall'urgenza, che sempre accompagna qualsiasi provvedimento sanitario, e quello richiesto in particolare, di natura squisitamente chirurgica.

In conclusione dunque anche da questo punto di vista la deliberazione merita di essere annullata e conseguentemente riformata, perché il vizio è oggi comunque insanabile.

Aggiungerei, sempre esaminando gli aspetti formali della deliberazione, che, ammesso, sempre per assurdo, che si sia trattato di un ricorso, allora a norma dell'art. 56, terzo comma, della Legge 22 dicembre 1955, n°. 42, all'Iss "competete l'istruttoria del ricorso stesso". Negli atti di causa non c'è traccia di una tale istruttoria, non potendosi giuridicamente apprezzare il riferimento del Medico Fiscale come un atto esaustivo di una istruttoria del ricorso, imposta dalla legge. Dal comportamento processuale già evidenziato, si deve invece concludere che anche la Commissione Esecutiva non è stata messa nelle condizioni di poter esaminare la documentazione, che è oggi nota soltanto alla difesa del convenuto. Nel testo della tardiva deliberazione la Commissione non ha potuto fare menzionare alcuna, né dell'avvenuta istruttoria, né della documentazione esistente.

Anche questa volta due aspetti della controversia che possono apparire soltanto formali, ricadono con ingiusto pregiudizio sulla sostanza dei diritti dell'attore.

6) Si precisa anche da parte dell'Istituto convenuto che "il rimborso totale delle spese sostenute avviene solo quando il ricovero in clinica privata non convenzionata con l'Iss è richiesto espressamente dai sanitari dell'Iss é autorizzato dalla competente Commissione Esecutiva". Oggi, ma non ci interessa perché i fatti sono anteriori, dal Consiglio di Amministrazione a norma della Legge 10 marzo 1988, n.35.

Le fonti già esaminate, e invocate anche dalle difese delle parti in causa, non specificano tali particolari aspetti della procedura di autorizzazione, lasciando dedurre che tale procedimento si è costituito ormai come una prassi, che segue il convenuto Istituto: prima la richiesta dei sanitari, poi l'autorizzazione. In linea di massima, nei suoi aspetti organizzativi, non si possono opporre sufficienti obiezioni. Nascono però forti perplessità, quando, opposta in via di eccezione, alla prassi seguita si vuol dare un valore di giuridica rilevanza, e in particolare quella rilevanza che sul piano costituzionale assume la consuetudine nell'Ordinamento Sammarinese.

Ciò risulta da una testimonianza ben qualificata nella persona del Direttore Generale del convenuto Istituto, ma anche dagli altri testimoni, ugualmente qualificati come sanitari dipendenti dell'Istituto convenuto in giudizio.

In una celebre decisione è detto che “quando lo Statuto e le leggi posteriori, che lo riformano o lo integrano, non dispongono su una determinata materia si applicano le lodevoli consuetudini locali, e ove queste manchino, il diritto comune” (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 28 agosto 1938 nella causa n. 75 dell’anno 1936, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 83). Annoto soltanto che la giurisprudenza ha tradotto con “lodevoli consuetudini” l’espressione *laudabiles consuetudines Terrae* di San Marino della Rub.XXI, del Libro I delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, il cui originario valore semantico è quello di “consuetudini degne di piena approvazione”. In tal modo solo le consuetudini lodevoli assumono un contenuto ed una rilevanza indiscutibilmente oggettiva sul piano sociale, ottenendo le lodi di tutti i cittadini e pertanto trovano una tacita approvazione sul piano giuridico.

E’ da premettere che i suddetti testimoni sono da ritenersi ammissibili, nonostante la loro qualifica, e possono elencarsi tra quelli “degni di fede”, (cfr. T. GIANNINI - F. VIROLI, op.cit., p.72 e le *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, Libro VI, Rub.I, Rub.V, Rub.XV, Rub.XVI, e Rub.XVIII, tutte rubriche citate alla n.19). I pubblici ufficiali sono infatti testimoni ammissibili quando depongano *de rebus ex officio gestis* e in questo caso, non avendo alcun interesse in causa, non possono essere esclusi a cagione del principio *nullus idoneus testis in re sua intelligitur* (D.22.5.10). Resta comunque sempre inteso che ogni valutazione espressa al di là dei fatti non può essere considerata come rilevante ed ammissibile.

Se però il convenuto Istituto, chiamando a testimoniare il suo Direttore Generale e i suoi sanitari, ha voluto dar la prova dell’esistenza di una prassi giuridicamente rilevante, o meglio di una consuetudine, allora si deve obiettare che il testimone, o i testimoni, che abbiano tali qualità, non sono né rilevanti né influenti.

**La consuetudine, ma anche la prassi, cioè il ripetersi costante di un comportamento con la convinzione che abbia il valore di legge, per essere provata, deve essere testimoniata anche per mezzo di persone non qualificate, che ne affermino quel suo carattere essenziale di essere *laudabilis*, richiesto come necessario ed essenziale dallo statuto. In questa prova di un aspetto particolare, che però è costitutivo nell’Ordinamento Sammarinese, i testimoni devono infatti partecipare pubblicamente e responsabilmente la *laudabilitas* della prassi applicata.** Se ci limitiamo a ritenere rilevante ed influente come l’Ufficio si comporta, non siamo in presenza di una consuetudine che ha valore di legge ed è costituzionalmente considerata come una fonte sussidiaria, ma soltanto di una interpretazione della legge esistente, anzi di una errata interpretazione.

7) Sul piano strettamente formale l’attore non solo ha impugnato la decisione della Commissione a sensi dell’art. 56 della Legge 22 dicembre 1955, n°. 42, davanti alla magistratura ordinaria, ma nel merito ha richiesto una pronuncia di accertamento di un suo diritto e una verifica sull’adempimento del medesimo.

Nel caso di specie si deve affermare che esisteva sia la richiesta dell’interessato, sia l’accertamento tecnico del Medico Fiscale, entrambi intervenuti tempestivamente, cioè prima del ricovero nella struttura privata e prima dell’intervento.

La Commissione invece non è stata in grado di intervenire tempestivamente per assicurare all’attore la prestazione chirurgica legittimamente richiesta, magari anche in forma alternativa, adempiendo così ad un obbligo che le incombe in forza di legge. La Commissione infatti ha preso in considerazione la domanda soltanto come “ricorso in

materia di prestazioni”, non come preventiva autorizzazione e quando ormai i tempi per l'intervento erano sicuramente tardivi ai fini della malattia portata dall'attore.

**Si deve pertanto accogliere la domanda dell'attore perché fondata in fatto e in diritto: il diritto alla sicurezza sociale, specificatamente alle prestazioni sanitarie perché colpito da malattia, deve essergli riconosciuto in ogni caso e il convenuto Istituto non può essere considerato adempiente.** Di fronte alla preventiva e tempestiva richiesta di un “trattamento radicale con conseguenti rischi”, ritenuto tecnicamente fondato, il convenuto Istituto deve per legge assicurare al cittadino la prestazione. E' del tutto irrilevante che la prestazione per malattia sia posta in essere presso una struttura pubblica o privata, è rilevante soltanto che sia in grado di realizzarla.

E' questa la ragione per cui la suddetta richiesta non può, né deve essere valutata come una semplice richiesta di rimborso di spese da sostenere, bensì deve ritenersi una vera e propria domanda di autorizzazione, peraltro coscientemente istruita dal competente Medico Fiscale, altrimenti cadremmo, come si è poi caduti, in una negligente omissione, che lede un diritto di un cittadino e pone l'Istituto convenuto nella posizione di inadempiente rispetto agli obblighi che gli incombono.

Le spese del presente giudizio vanno poste a carico della parte convenuta perché soccombente.

## 67.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 13 maggio 1992.

Chiari Adriana (Avv. G.L. Berti) : Chiari Alberto e Chiari Armando Carlo (Avv. G. Micheloni) – Causa n. 146, anno 1983.

**Successione legittima o “ab intestato” – Asse ereditario – Ricostruzione – Divisione – Lesione del fratello dividendente oltre il quarto – Comportamento doloso del coerede – Rescissione.**

*L'istanza attrice di procedere alla ricostruzione dell'ammontare dell'asse ereditario e di addivenire ad un supplemento di divisione dello stesso, integra l'azione di rescissione della divisione già intervenuta.*

*L'atto di divisione tra i coeredi può essere impugnato per lesioni quando il fratello dividendente sia leso oltre il quarto.*

*Ogni comportamento in contrasto con i principi stabiliti dall'ordinamento giuridico, se finalizzato ad intervenire sulla divisione, è sicuramente fraudolento e pertanto doloso.*

---

(omissis)

## 68.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 16 giugno 1992.

Franzolin Adriano (Avv. G. Giardi) : Ghini Gianfranco (Avv. M. Simoncini); Concorso giudiziale dei creditori della S.A. Golf Shoes (Avv. R. Bonelli) : Franzolin Adriano e Ghini Gianfranco – Cause riunite n. 13, anno 1987 e n. 389, anno 1988.

**Concorso dei creditori – Azione di simulazione – Prova – Caparra – Responsabilità civile – Azione revocatoria ordinaria.**

*L'azione di simulazione è data a chiunque abbia interesse a far riconoscere che i contraenti vollero cosa diversa da quella apparentemente indicata nella loro dichiarazione.*

*La simulazione può essere assoluta o relativa.*

*La prova della simulazione, tra le parti contraenti, deve essere data rigorosamente.*

*I terzi possono provare la simulazione con presunzioni semplici e congetture.*

*Nelle Leges Statutae: a) la Rub. LXV del Libro Secondo si riferisce ad un contratto già perfetto, in cui la caparra è stata data in acconto del prezzo; b) la Rub. XXVIII del Libro quinto si riferisce alla semplice promessa o ad un contratto non ancora definitivamente concluso, in cui la parte pronta all'esecuzione può, nei confronti dell'inadempiente, trattenere la caparra, a titolo di pena o di danni.*

*Chi instaura l'azione revocatoria ordinaria deve provare i due estremi necessari: "l'eventus damni" ed il "consilium fraudis".*

---

**FATTO**

Con atto di citazione in data 29 gennaio 1987 il sig. Franzolin Adriano (premessi che con scrittura privata autenticata stipulata il 21 novembre 1985 cedette al sig. Ghini Gianfranco l'intero pacchetto azionario della s.a. Golf Shoes per il prezzo di £. 430.000.000=, dal cessionario non corrisposto) convenne avanti a questo Tribunale il Ghini Gianfranco per sentirlo condannare al pagamento della somma di £. 430.000.000= ed alla perdita della somma di £. 100.000.000= versata dal convenuto all'attore a titolo di caparra. Richiese inoltre l'attore procedersi al sequestro conservativo dei certificati azionari della s.a. Golf Shoes e del credito di £. 780.000.000= dalla società stessa vantato nei confronti della ditta Everglades LTD Luigi C Grassi. Citazione e sequestro vennero autorizzati. I sequestri furono eseguiti dall'Ufficio cursorile il 30 gennaio 1987 ed il 26 marzo 1987.

Costituitosi in giudizio il convenuto, a mezzo di procuratore, nei rituali termini di prova e controprova venne unicamente espletato il giudiziale contraddittorio tra le parti in causa (nell'udienza dell'11 febbraio 1988).

Trascorso il termine ad allegare sono state prodotte le memorie conclusionali con le quali:

- 1) il procuratore dell'attore richiede l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione;
- 2) il procuratore del convenuto Ghini Gianfranco eccepisce l'incompetenza per materia del Giudice civile, questa spettando, quanto meno in via pregiudiziale, al Magistrato penale.

Il convenuto Franzolin Adriano, revocato il mandato ad litem all'avv. Giardi Gloria, non ha provveduto nel termine a lui concesso alla sostituzione del proprio procuratore e non ha presentato le finali allegazioni.

## DIRITTO

1. In via preliminare, con la presente sentenza si dispone l'unione per una comune decisione, per economia di giudizio e soprattutto "ratione connexionis", delle cause civili sommarie n.13 dell'anno 1987 promossa da Franzolin Adriano contro Ghini Gianfranco e n.389 dell'anno 1988 promossa dal concorso giudiziale dei creditori della s.a. Golf Shoes contro Ghini Gianfranco e Franzolin Adriano.

2. Nella causa Franzolin C. Ghini nella memoria conclusionale il procuratore del convenuto richiede che l'istanza attrice sia respinta "in quanto riferita all'esecuzione di clausola contrattuale viziata da simulazione".

La richiesta giuridicamente infondata e non provata, va respinta.

*L'azione di simulazione (da tenere ben distinta dall'azione revocatoria e pauliana, della quale si tratterà fra breve) è data a tutte le persone interessate a far riconoscere che i dichiaranti (contraenti o testatori) vollero cosa diversa da quella apparentemente indicata nella loro dichiarazione: "Simulatum dicimus quum tacite aliquod agimus, expresse aliud simulamus". L'azione revocatoria o pauliana è data ai creditori per impugnare gli atti che il debitore ha fatto in frode alle loro ragioni. Il danno, nell'atto simulato, è apparente (come apparente è l'atto stesso) o, per dire meglio, subordinato alla condizione che la simulazione si intenda per realtà: mentre nella pauliana il danno è reale (come realmente voluto è l'atto). Per quanto concerne la frode; questa rispetto alla simulazione, consiste nel fingere una diminuzione del patrimonio che realmente non è avvenuta: riguardo alla pauliana; all'opposto; consiste nella diminuzione effettiva del patrimonio fatta deliberatamente con pregiudizio dei creditori. Queste differenze caratteristiche comportano che le due azioni hanno estremi diversi; conseguenze diverse e richiedono prove diverse. Per altro molte volte – e quando la simulazione non è innocente ma fraudolenta – l'atto contiene tanto gli elementi per essere revocato con l'azione pauliana; quanto quelli per essere impugnato come infetto da simulazione; tuttavia i due rimedi rimangono sempre sostanzialmente distinti e se vengono sperimentati nello stesso giudizio devono proporsi in modo subordinato concludendo, cioè, che, ove non si ritenga l'atto simulato, si revochi come fraudolento.*

*La simulazione può essere assoluta o relativa. E' assoluta o totale quando le parti non hanno inteso di fare alcun atto giuridico (ad esempio: un debitore, per sottrarre i suoi beni ai creditori, li vende ad un amico che si incarica di conservarglieli). E' relativa o parziale quando ad un atto giuridico e vero si dà una falsa apparenza che ne occulta la vera natura (ad esempio: un padre, per favorire un figlio a danno degli altri, finge di vendergli una cosa mentre in realtà gliela dona). Se la simulazione è assoluta allora l'atto è inesistente e come tale non produce effetto ("colorem habet, substantiam vero nullam"); è un corpo senza anima per usare l'energica espressione di Baldo. In tal caso l'atto non è semplicemente simulato ma è addirittura immaginario e come afferma Modestino (D. 44, 7, 54) "contractus imaginarii iuris: vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate". Se la simulazione è relativa ("colorem habet, substantiam vero alteram") resta sempre vero che la falsa apparenza data all'atto dalle parti non ha alcun valore giuridico ma si deve invece, aver riguardo soltanto a ciò che*

*si è realmente voluto (e cioè all'atto dissimulato). Questo è il principio espresso nel noto aforisma: "plus valet quod agitur, quam quod concipitur" (C., 4, 22, 1: "in contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet", legge 2: "acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt", legge 3: "non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur", legge 4: "plus actum quam scriptum valet" – C., 4, 38, "de contrahenda emptione", legge 3: "si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emptio in sui deficit substantia").*

*La prova della simulazione, tra le parti contraenti, specie di fronte ad una scrittura privata autenticata, deve essere data rigorosamente: esse parti conoscevano, anzi ponevano in essere, la simulazione e quindi potevano e dovevano preparare (a mezzo di opportuna contro-dichiarazione) la prova di ciò che realmente volevano compiere. Per i terzi la prova è impossibile perché si tratta di scoprire un animus che si è cercato di celare con ogni artificio ponendo innanzi, circondato da ogni verosimile indizio; un animus diverso da quello reale; perciò la dottrina e la pratica sono unanimi nell'ammettere a prova della simulazione le presunzioni semplici in particolar modo quando esiste una causa simulandi (De Luca, *Theatrum veritatis et justitiae*, De cred. et debito, disc. 72 "ubi accedit causa simulandi receptum est, ut adminiculativa ac imperfecta probatio sufficiat" – Sabelli, *Summa diversorum tractatum*, Voc. simulatio, n.4 "probatur per coniecturas", "sufficiunt duae vel ad summum tres coniecturae" e gli autori e la giurisprudenza della Rota Romana ivi citati).*

Posto che si è costituito il consenso delle parti contraenti sulla cosa e sul prezzo ed è effettivamente avvenuta la "traditio" della cosa compravenduta, il contratto di vendita dal Franzolin al Ghini del pacchetto azionario della s.a. Golf Shoes è formalmente perfetto tra le parti: nessuna giuridica rilevanza ha il fatto che la somma versata al Franzolin a titolo di caparra sia uscita dal patrimonio della s.a. Golf Shoes anziché da quello personale dell'acquirente, oppure quello che tacitamente a garanzia del residuo credito del Franzolin sia stato posto un apparente credito dalla società vantato verso terzi, oppure ancora quello che il Ghini fosse perfettamente consapevole di non essere in condizioni economiche tali da poter onorare l'impegno contrattualmente assunto. Occorre inoltre notare che non esiste una plausibile "causa simulandi", non esiste contro-dichiarazione, si è verificata una effettiva e non apparente diminuzione patrimoniale, le parti hanno inteso procedere ad una reale compravendita, non esisteva alcun ragionevole motivo per dare una falsa apparenza ad un atto giuridico vero.

Nessuna giuridica influenza può essere attribuita alle interessate dichiarazioni emesse da ambedue le parti in causa nel corso del giudiziale contraddittorio. Seguendo l'opinione già espressa dal Giannini (Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese; II Edizione 1967, pag. 71) l'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Civili il Prof. Avv. Guido Astuti con la decisione 9 aprile 1970 (Giurisprudenza Sammarinese, anni 1970-1980, pag. 143) affermò: "Non sembra possibile dubbio sulla inammissibilità delle dedotte prove, sia per contrasto con espressa clausola contrattuale, sia anche per contrasto con il principio, ben fermo nel diritto romano giustiniano, per cui "contra scriptum, testimonium non scriptum non profertur" (l. 1 Cod. 4, 20 "de testibus") e con l'insegnamento dominante della giurisprudenza del diritto comune, per cui **la prova testimoniale contro le risultanze documentali – soggette per altro ad impugnativa di falso – è ammessa solo eccezionalmente, nel concorso di particolari e concludenti circostanze che possano giustificarla, in speciali fattispecie**".

*Le scritture giuridiche di interesse privato sono, quanto alla forma, alcune puramente private, ossia formate dalle parti senza qualità o concorso di pubblico ufficiale; altre qualificate come atti pubblici, formate con l'intervento continuo di pubblico ufficiale in tutto il contenuto dell'intero atto; altre infine, fatte da persone private, sono soltanto autenticate da un pubblico ufficiale e tengono un luogo intermedio tra la semplice scrittura privata non autenticata e l'atto pubblico.*

*Questa gradazione delle scritture produce effetti diversi, non quanto alla prova ed alla sua intensità ed estensione, ma quanto alle relazioni tra essa ed i modi legittimi di impugnarla.*

*L'atto pubblico fa piena fede; cioè piena prova.*

*Può solamente essere impugnato con la querela di falso, sia in via penale che in via civile.*

*In mancanza di querela, esso prova pienamente i fatti seguiti alla presenza del pubblico ufficiale narrati e descritti nell'atto medesimo.*

*Se l'atto è convenzionale prova parimenti la convenzione che vi si trova espressa.*

*Evidentemente anche la scrittura privata fa piena prova, ma solamente per quanto le parti abbiano dichiarato o consentito, e soltanto nelle relazioni tra le parti medesime ed i loro eredi o aventi causa.*

*Per opposto gli atti pubblici, quanto alle cose autenticamente affermate in essi dal pubblico ufficiale circa i fatti seguiti in sua presenza, fanno prova anche riguardo ai terzi, sia per la data certa dell'atto, sia per l'identità delle parti, sia per l'autenticità delle sottoscrizioni.*

*Le affermazioni e dichiarazioni autentiche fatte in tal modo nell'atto del pubblico ufficiale appartengono propriamente al genere della prova per iscritto; mentre le dichiarazioni simili fatte dalle parti nella scrittura privata non sempre appartengono al medesimo genere, potendo valere in alcuni casi come confessioni stragiudiziali.*

*La scrittura privata non riconosciuta non fa prova né del contenuto, né delle sottoscrizioni; chi vuol farla valere, nel caso di disconoscimento, deve richiederne la giudiziale verifica.*

*Le controdedichiarazioni, se fatte per atto pubblico, possono avere effetto anche verso coloro che sono persone terze ed estranee rispetto alle parti contraenti ed ai loro successori a titolo universale.*

*Ma l'effetto delle controdedichiarazioni verso i terzi non può essere illimitato; né maggiore di quello che avrebbe nei confronti dei medesimi la cosa giudicata "inter alios" o la transazione fatta sempre "inter alios".*

*Già il diritto romano aveva nitidamente delineato i limiti precisi di tale effetto (Dig. de transactionibus, 2, 15, 3; Dig. de re iudicata, 42, 1, 63).*

*Detto effetto non poteva tornare a danno dei terzi nuocendo alle azioni od alle eccezioni competenti ai terzi medesimi. Nessuna forza e nessun effetto, ha riguardo ai terzi, la controdedichiarazione fatta per scrittura privata, cosicchè inutilmente il terzo dichiarerebbe di volersi giovare di una qualunque stipulazione fatta a suo favore nella controdedichiarazione di forma privata.*

3. Sempre nella causa Franzolin C. Ghini, la parte attrice richiede la condanna del convenuto Ghini alla perdita della caparra versata ed al pagamento in favore dell'attore dell'integrale prezzo pattuito di £. 430.000.000=. La domanda merita accoglimento.

Le Leges Statutae alla Rub. LXV del Libro II dispongono: "Quicumque receperit, vel dederit arras occasione alicuius mercaturae, teneatur dictam mercaturam adimplere.

Alias solvat pro banno duplum dictarum arrarum et nihilominus ipsam mercaturam adimplere teneatur” e alla Rub. XXVIII del Lib. V “Quicumque receperit, vel dederit arras occasione alicuius emptionis, vel venditionis, teneatur promissa adimplere, alias duplum dictarum arrarum adimplenti solvere teneatur”. Le due disposizioni, apparentemente contrarie, devono spiegarsi rapportandole (Leges Statutae, Libro I, Rub. XXXI e Libro II, Rub. VI) al diritto comune poiché “statuta a jure communi interpretationem sumunt”.

**La funzione della caparra (sempre nel caso di silenzio delle parti), nello stesso diritto comune, è stata variamente considerata.** Occorre premettere che nel diritto classico romano l’arra o caparra era sempre considerata solo come mezzo di prova del contratto già concluso (“Quod arrhae nominem datur – dice Gaio nelle sue Istituzioni, III, n.139 – argumentum est emptionis et venditionis contractae”) e cioè serviva ad indicare che il contratto era perfetto, che si era usciti dalla fase dei preliminari e si era giunti all’accordo definitivo. Per ciò restava sempre fermo (nonostante l’esistenza dell’arra) l’obbligo, in ambedue i contraenti, di dare esecuzione agli accordi: imputando la caparra sul prezzo se consisteva in denaro e restituendola, ad esecuzione avvenuta, se consisteva in cosa mobile (esempio: un anello; un’armilla). Giustiniano (sotto l’influenza del diritto greco) dispose (modificando il diritto romano classico) che la caparra, oltre che come mezzo di prova, potesse servire anche come mezzo, per tutti i contraenti, di recesso dagli accordi (“Et potest emptor vel venditor ... impune recedere ... si quidem est emptor perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arris nihil expressum est”: Istituzioni, 3, 24 in principio). Ma quando, nel diritto comune, si trattò di interpretare le disposizioni giustiniane (Istit., l. c. e Codice, 4, 54, 1) e di distinguere i casi in cui la caparra doveva essere confirmatoria da quelli in cui poteva essere penitenziale, sorsero, tra gli interpreti, discussioni e, come di conseguenza, varie teorie. Una prima (Fachineo, Alberico, Brunemanno, Zasius, Gomez, Saliceto, ecc.) sostiene che Giustiniano ha convertito in tutti i casi la caparra da confirmatoria in penitenziale e cioè che, nel silenzio delle parti, è lecito ad ognuno dei contraenti di recedere dal contratto perdendo o raddoppiando la caparra (e, per ciò, non solo nel caso in cui si tratta di promessa “de ineundo contractu” – per il quale tutti concordavano sulla possibilità di recesso – ma anche nel caso di contratto perfetto). Una seconda teoria (sostenuta in particolare da Cino da Pistoia, Comm. al parag. illud del Codice, de fide instrum.) ritiene che pur potendo ognuna delle parti recedere dal contratto perfetto, l’inadempiente oltre che alla caparra è tenuto all’integrale indennizzo. Una terza teoria, che è considerata quale “opinio communis” anzi “magis communis” poiché è accolta dalla Glossa, distingue (Bartolo, Donello, Cuiacio, Perezio, Vinnio, Wisembach, Voet, Richeri, De Luca) le ipotesi in cui la caparra è stata data prima o dopo la perfezione del contratto (in quanto i testi giustiniane parlano di arra che si dà dal compratore in attesa di addivenire all’atto scritto da cui le parti fanno dipendere le conclusioni del contratto). Nella prima ipotesi ognuna delle parti può ritirarsi dall’accordo (appunto perché non è ancora perfetto) perdendo o raddoppiando la caparra. Nella seconda ipotesi le parti non possono più ritirarsi perché il contratto è perfetto (tale perfezione si aveva quando la caparra era data “pro parte pretii”: Conciolo, Oinotomo, Baldo, ecc.). Gli statuti, in mezzo alla contrastante interpretazione dei testi di Giustiniano, seguirono ora l’una ora l’altra delle suindicate teorie (con preferenza quella che costituiva la “opinio magis communis”) e, per il caso di inesecuzione di contratto definitivamente concluso, adottarono le più svariate conseguenze a carico dell’inadempiente.



Ora se si esaminano – tenuto conto delle premesse considerazioni storiche – le due già riportate rubriche delle *Leges Statutae* può affermarsi: a) la Rub. LXV del Libro II si riferisce ad un contratto già perfetto in cui la caparra è stata data in acconto del prezzo mentre la Rub. XXVIII del Libro V si riferisce alla semplice promessa (e, infatti, si parla di “promissa”) o contratto non ancora definitivamente concluso; b) lo Statuto Sammarinese, tanto nel caso di semplice promessa (allontanandosi, in ciò, dalla “communis opinio” e seguendo invece la più rigorosa soluzione, adottata anche da statuti di località vicine) quanto nel caso di contratto concluso, impone sempre per prima cosa ad ambedue i contraenti l’esecuzione della promessa o del contratto.

**Di conseguenza restano fermi, a proposito della caparra, i seguenti principi:**

**1) la caparra, effettivamente versata, obbliga in ogni caso ad eseguire gli accordi e non autorizza mai le parti a ritirarsi dagli impegni assunti a meno che esista apposito accordo in tal senso;**

**2) se l’accordo non viene regolarmente adempiuto da una delle parti allora occorre distinguere: a) se si tratta di promessa (e non di contratto concluso) la parte pronta alla esecuzione e cioè non in colpa o in mora (e sola essa) ha la scelta o di chiedere (nonostante l’esistenza della caparra) l’adempimento della promessa oppure di rinunciare a tale adempimento e trattenere a proprie mani (a titolo di pena o di danni) la caparra, se inadempiente è chi l’ha versata o restituita duplicata se inadempiente è colui che l’ha ricevuta; b) se si tratta di contratto definitivamente concluso ambedue le parti non hanno altra possibilità (salvo sempre gli eventuali accordi tra di esse) che di chiedere l’esecuzione del contratto ed inoltre la parte inadempiente deve sottostare, a titolo di pena e nonostante l’adempimento, alla perdita della caparra (se inadempiente è il compratore) o al raddoppio di essa (se inadempiente è il venditore) e, in questo caso, facendone computazione sul prezzo che deve ricevere. Ed ove, nonostante la condanna a dare esecuzione al contratto, l’inadempiente non lo esegua, resta obbligato, oltre che alla perdita o alla duplicazione della caparra, al risarcimento dei danni come per qualunque violazione contrattuale (restando libero il creditore o di vendere la cosa ad altri o di provvedersene altrove).**

In conclusione, in base alle premesse considerazioni in fatto ed in diritto, il convenuto Ghini Gianfranco deve essere condannato alla perdita della caparra versata nella somma di £. 100.000.000= nonché al pagamento in favore dell’attore Franzolin Adriano della somma di £. 430.000.000=. Su tale somma gli interessi, alla legale ragione del 7 per cento, poiché “*dies interpellat pro homine*”, devono essere corrisposti dal 21 dicembre 1985, data fissata dalle parti per l’integrale pagamento del prezzo pattuito.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico del convenuto.

4. Nella causa concorso giudiziale dei creditori della s.a. Golf Shoes C. Ghini e Franzolin il procuratore del convenuto Ghini, nella memoria conclusionale, eccepisce l’incompetenza per materia del Giudice civile, sostenendo che questa spetta quanto meno in via pregiudiziale, al Magistrato penale. L’eccezione è tardiva, sollevata al di fuori del contraddittorio ed è comunque infondata.

La giurisprudenza sammarinese ha costantemente affermato i seguenti sicuri principi:

**1) i requisiti perché si abbia responsabilità civile sono diversi da quelli richiesti perché si abbia responsabilità penale; di conseguenza, il fatto che non vi sia stato precedente giudizio penale, o che nel giudizio penale non sia stata raggiunta la**

prova del dolo o della colpa dell'imputato, o che il reato si sia estinto e così di seguito, non può sbarrare il passo all'esercizio dell'azione civile in sede ordinaria, anche quando il titolare di questa si sia costituito parte civile nel processo penale;

2) la colpa necessaria ai fini dell'imputabilità di un reato è diversa da quella sufficiente a produrre la responsabilità civile per danni cagionati da fatto illecito, poiché "in lege Aquilia et laevissima culpa venit", e secondo i più certi principi di diritto comune è sufficiente una negligenza, una imprudenza, una omissione per determinare una tale responsabilità, con il conseguente obbligo di risarcimento;

3) il Codice di Procedura Penale agli articoli 9 e 10 dispone a) nel caso di reato perseguibile a querela di parte non è possibile, promosso il giudizio civile, far luogo a quello penale (nonostante esplicite riserve o rinuncia al giudizio civile); b) nel caso di reato perseguibile di ufficio possono coesistere i contemporanei giudizi civile e penale, ma con la conseguenza che "la parte offesa non può addivenire parte civile nel giudizio penale" e che il giudizio civile può essere sospeso "sempre che la definizione di questo dipenda necessariamente dalla verifica del solo fatto del reato"; in altre parole nel conflitto tra giudizio civile e costituzione di parte civile nel giudizio penale si salva il primo e ogni eventuale nullità riguarda la costituzione di parte civile nel procedimento penale;

4) la colpa penalmente perseguibile non è qualunque anche minima inosservanza delle norme di condotta, ma quella inosservanza delle stesse norme caratterizzata da un particolare grado che renda socialmente pericoloso e temibile l'agente e perciò meritevole della sanzione della pena; la colpa civile invece che non consente grado, perché non consente valutazione della personalità del reo avendo di mira il ristabilimento, per via di equivalente del patrimonio alterato, è dalla considerazione obiettiva del danno che riceve rilevanza giuridica.

5. Sempre nella causa concorso dei creditori della s.a. Golf Shoes C. Ghini e Franzolin la parte attrice richiede la condanna in solido dei convenuti alla restituzione della somma di £. 100.000.000= sottratta dal patrimonio della società in frode ed in danno dei creditori della società stessa. La domanda merita accoglimento.

Il curatore del concorso attore esperisce, con ogni evidenza, l'azione revocatoria ordinaria (chiamata anche pauliana dal nome del Pretore Paolo che la introdusse nel diritto romano) che non deve assolutamente confondersi con l'azione revocatoria concorsuale. Le due azioni partono bensì da una comune base ed hanno in sostanza gli stessi estremi, l'*eventus damni* ed il *consilium fraudis*, ma differiscono per varie particolarità.

In primo luogo, la revocatoria concorsuale esige che il dissesto del debitore sia stato dichiarato con l'apertura del concorso, mentre la revocatoria ordinaria non richiede tale dichiarazione.

In secondo luogo, la revocatoria concorsuale può esercitarsi solo per le alienazioni compiute nell'anno anteriore all'apertura del concorso e cioè nel periodo sospetto, mentre quella ordinaria può esercitarsi, fino a quando non sia prescritta, per le alienazioni avvenute in qualsiasi momento; nel caso di concorso, in modo particolare, per le alienazioni compiute anteriormente all'anno e cioè al periodo sospetto.

In terzo luogo, chi instaura la revocatoria ordinaria deve anche se si tratta del curatore del concorso, provare i due estremi necessari (*eventus damni* e *consilium*

**fraudis);** invece, nella revocatoria concorsuale, il curatore deve fare risultare i presupposti dell'articolo 3 della legge sui concorsi 15 novembre 1917 n.17: alienazione onerosa, contrattazione avvenuta nell'anno che precede l'apertura del concorso e se occorre, o con prova o con controprova, il danno, ma è sempre esonerato dal provare la frode, la quale è presunta juris et de jure a carico del dissestato, poi caduto nel concorso, e iuris tantum a carico del terzo contraente che può sempre sostenere la validità dell'alienazione dimostrando la sua buona fede.

Tutto ciò porta a confermare che, nella specie, la parte attrice non può esperire che l'azione revocatoria ordinaria o pauliana: il concorso giudiziale dei creditori della s.a. Golf Shoes è stato infatti dichiarato aperto con decreto emesso dal Commissario della Legge il 27 aprile 1987, mentre l'atto oneroso contestato venne stipulato il 21 novembre 1985 e quindi anteriormente al periodo dalla legge considerato sospetto.

Varie sono le opinioni in merito alla natura giuridica dell'azione pauliana. Alcuni autori (basandosi sulla legge 38, Dig. de usuris, 22, 1) annoverano l'azione tra quelle personali; altri autori (richiamando invece il parag. 6, Inst. de action., 4, 5) la ritengono di natura reale; altri ancora sostengono opinioni intermedie, cercando di conciliare i contrastanti testi.

Per quanto si riferisce agli effetti, l'azione pauliana è ritenuta un'azione di risarcimento di danno, oppure una azione di rescissione, oppure ancora un'azione di nullità o "in partibus" (con efficacia di fronte al solo creditore che la esercita) o assoluta con efficacia "erga omnes". La "opinio communis" in diritto comune ed anzi, anche in questo caso, per avere con sé la Glossa la "opinio magis communis" è quella che ritiene l'azione di carattere personale: "Pauliana actio personalis est: etenim non nascitur a jure aliquo in re, quod creditoribus competat, sed ex facto minus honesto idest alienatione facta per fraudem alienantis debitoris et eius in quem alienatio facta fuit, vel solius debitoris: unde actio pauliana in factum actio dicitur; atque Paulus actionem hanc ... inter personales actiones recenset" (Richeri, Univ. Jurisp., Lib. IV, Tit. VI, § 200). Da tale carattere deriva che l'atto impugnato resta sempre pienamente valido ed efficace nei rapporti tra il terzo contraente e il fraudatore. La revoca dell'atto ha luogo soltanto relativamente, cioè in quanto sia necessario per risarcire il pregiudizio sofferto dai creditori ai quali compete l'azione pauliana. Il convenuto partecipe della frode è obbligato verso di essi a riparare tutti i danni provenienti dall'atto impugnato. Il mezzo più semplice e più sicuro per determinare il contenuto di questa riparazione consiste normalmente nel ristabilire le cose nella stessa situazione in cui si sarebbero trovate, se l'atto fraudolento non fosse stato posto in essere, se la diminuzione del patrimonio del "fraudator" non fosse avvenuta. Afferma Ulpiano (D. 22, 1, 10, 22): "Praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione, restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerint, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset" (Richeri, Univ. Jurisp., Lib. IV, Tit. VI, § 234).

In caso di apertura del concorso dei creditori, la remissione delle cose in pristino stato non è più possibile e deve pertanto ordinarsi la restituzione che deve avvenire "cum omni causa". Seguendo l'insegnamento di Ulpiano, il diritto comune dispone che anche il terzo contraente "consciis fraudis" è obbligato alla restituzione con tutti i frutti.

Come già si è premesso, gli estremi essenziali dell'azione pauliana sono quelli tradizionali e cioè l'eventus damni, il pregiudizio di chi impegna l'atto (elemento oggettivo) e il consilium fraudis, l'intenzione fraudolenta (elemento soggettivo).

*L'eventus damni consiste in una diminuzione del patrimonio del debitore, tale da rendere impossibile, in tutto od in parte, il soddisfacimento dei suoi creditori.*

Nel caso attuale il Ghini ha corrisposto a titolo di caparra al Franzolin la somma di £. 100.000.000=, prelevandola dal finanziamento di £. 300.000.000= concesso nella stessa data del 21 novembre 1985 alla s.a. Golf Shoes dalla s.a. San Marino Investimenti – SMI. Ciò è pienamente provato dalla copia dell'assegno di conto corrente prodotto in atti e tranquillamente confermato giudizialmente da ambedue i convenuti. E' evidente il pregiudizio da parte dell'attore concorso dei creditori: il Ghini, con l'atto di cui si tratta, ha spogliato la s.a. Golf Shoes, a scopo di lucro personale, di una rilevante attività, determinandone la insolvenza, come è dimostrato a luce meridiana dalla stessa successiva dichiarazione del concorso dei creditori.

**Il consilium fraudis allorchè, come nella fattispecie, si tratta di atto oneroso, deve concorrere sia da parte del debitore che ha concluso l'atto sia da parte del terzo che con lui ha contrattato.**

**Esiste il consilium fraudis, da parte del debitore, secondo alcuni autori quando vi è la positiva intenzione del debitore di nuocere, secondo altri quando vi è la semplice coscienza di compromettere o distruggere, con l'atto compiuto, la garanzia dei creditori. Opinione dominante in diritto comune è che, per ritenere la frode, devono concorrere due estremi: a) il debitore sapeva di avere debiti; b) il debitore sapeva altresì di essere insolvente o almeno di divenire tale mediante l'atto compiuto.**

Queste due condizioni concorrono nella presente causa. Il Ghini, allorchè divenne alla stipulazione dell'atto in data 21 novembre 1985 si costituì debitore del Franzolin della non indifferente somma di £. 430.000.000= che, per sua stessa esplicita confessione, sapeva di non poter pagare. Lo stesso Ghini era pienamente consapevole che, sottraendo la somma di £. 100.000.000= dal finanziamento concesso alla s.a. Golf Shoes, portava la società stessa all'insolvenza. E' nota la massima: "qui creditores habere se scit et bona sua alienavit intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse" (D. 42, 8, 17, 1).

**Esiste il consilium fraudis da parte del terzo quando egli ha la scienza della frode consumata dal debitore. Tale frode si consuma con la scienza di defraudare (previsione del danno, conoscenza di rendersi insolvente o di aggravare lo stato di insolvenza) e pertanto il terzo è partecipe della frode quando sa che il debitore non ignora di defraudare i creditori. Non basta quindi nel terzo la scienza che il fraudatore aveva dei creditori o che era insolvente o prossimo all'insolvenza, ma nemmeno si richiede la sua intenzione diretta a danneggiare i creditori del fraudatore.** La frode da parte del terzo può dedursi in base alle numerose presunzioni fissate dal diritto comune. Nel caso attuale, è più che sufficiente considerare che Franzolin Adriano, amministratore unico ed unico azionista della s.a. Golf Shoes, ben conosceva la situazione debitoria e prefallimentare della società e gli riuscì il classico colpo di sbarazzarsene per un prezzo molto rilevante.

In base alle premesse considerazioni deve concludersi che l'atto stipulato il 21 novembre 1985 è stato posto in essere in danno ed in frode del concorso giudiziale dei creditori della s.a. Golf Shoes. Di conseguenza, per quanto premesso, i convenuti Ghini Gianfranco e Franzolin Adriano devono essere condannati alla restituzione in solido della somma di £. 100.000.000= in favore del concorso giudiziale dei creditori della s.a. Golf Shoes. La restituzione di tutti i frutti comporta che sulla predetta somma gli

interessi, alla legale ragione del 7 per cento, devono essere corrisposti dal 21 novembre 1985 fino alla data dell'effettivo soddisfo.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico solidale dei convenuti Ghini e Franzolin.

#### 69.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 1 luglio 1992.

Tratta Vincenzo, Di Meo Elia (Avv. R. Bonelli) : Incontrucci Antonio, Sangiovanni Angelo, S.p.a. Lloyd Adriatico (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 216, anno 1988.

#### **Perenzione d'istanza – Termine – Sospensione.**

*La perenzione è istituto di diritto pubblico ed ha perciò luogo ipso iure; consuma l'istanza introduttiva del giudizio.*

*La perenzione si verifica trascorse che siano novanta udienze dalla contestazione della lite. Il termine non si interrompe; può essere sospeso da una sentenza interlocutoria o se nel giudizio occorra esperire prove, dal giorno in cui sono ammesse a quello nel quale sono esaurite.*

---

(omissis)

#### 70.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 1 luglio 1992.

Morsani Laura (Avv. A.S. Belluzzi) : Pellicceria Titanfurs (Avv. V. Reffi) – Causa n. 158, anno 1988.

#### **Perenzione d'istanza – Ripresa del giudizio – Sanatoria – Pagamento delle spese giudiziali.**

*Il giudizio perento non si può rinnovare senza la concessione del rescritto di sanatoria del Consiglio dei XII, e senza che sia avvenuto il pagamento delle spese giudiziali.*

---

#### FATTO

Con istanza depositata il 30 giugno 1988 l'attrice ha chiamato in giudizio la convenuta, per sentirla condannare "al risarcimento del danno arrecato alla signora Morsani Laura, previa disposizione del contratto per inadempimento, danno che ammonta a

£.7.200.000= oltre alla rivalutazione monetaria dal dicembre del 1979 al saldo e agli interessi compensativi. Poiché la presente citazione rinnova un giudizio di cui la parte convenuta aveva richiesto la perenzione, in aggiunta a quanto sopra si richiede la condanna al pagamento delle spese ed onorari del dichiarato giudizio perento, una volta dimostrata la piena e completa responsabilità della parte convenuta”.

Lamenta l’attrice di aver richiesto alla convenuta di confezionare una pelliccia di volpe argentata con dodici pelli di sua proprietà, acquistate in Polonia e del valore di £.600.000= l’una per complessive £.7.200.000=.

Lamenta altresì che da un esame delle pelli la titolare della ditta convenuta faceva notare che le suddette pelli avevano un forte odore di selvatico, per cui consigliava di toglierlo mandando le suddette pelli presso un conciatore di fiducia, inviando alla concia per prova una sola pelle. In realtà sarebbero state conciate tutte dodici e sarebbero state completamente rovinate e non più utilizzabili.

Riprodotta la citazione, costituitasi la convenuta è stato accordato il termine per rispondere ed eccepire.

Nei termini di prova è stata chiesta ed accordata l’allegazione di copia degli atti della causa n.333 dell’anno 1980., nonché altri documenti comprovanti che le suddette pelli sono state consegnate dall’attrice alla convenuta per la concia e la proposta della stessa convenuta “di cedere [...] a prezzo di fattura un adeguato numero di pelli pregiate[...] con possibilità di eseguire anche il lavoro di confezione a prezzo particolarmente scontato”.

Dopo la rinuncia della attrice ad ulteriori termini di prova, durante il termine di controprova è stato ascoltato un testimone, che ha confermato che le pelli di volpe argentata nel 1979 costavano 50 dollari USA l’una e che emanano cattivo odore quando provengono da una preconcia. Ha poi affermato che il prezzo attuale è di 120 dollari cadauna e che comunque quelle di provenienza polacca sul mercato non sono considerate le migliori.

Risulta dagli atti di causa che con sentenza pubblicata il 18 gennaio 1988 S.S. Ill.ma il Commissario della Legge ha dichiarato “perenti gli atti della causa instaurata dall’attrice signora Morsani Laura nei confronti della Pellicceria Titanfurs con atto di citazione in data 8 ottobre 1980”. Ha poi condannato “l’attrice al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio perento che si liquidano nella complessiva somma di 8.150.000= fino alla presente sentenza, salve le successive occorrenze”.

Aperto il termine ad allegare e depositare le memorie conclusionali, la procura attrice ha chiesto fissarsi udienza per l’irrotulazione e la causa è stata posta “pro servato” e trattenuta per la decisione.

Il procuratore della parte attrice nelle finali allegazioni in diritto ha concluso chiedendo che “S.S.il Commissario della Legge voglia riconoscere la fondatezza dell’istanza presentata dalla parte attrice e quindi condannare la parte convenuta a risarcire la signora Morsani Laura la somma di £.7.200.000= con l’adeguamento alla rivalutazione monetaria dal dicembre 1979 al saldo oltre agli interessi compensativi, alle spese del presente giudizio e agli onorari legali che S.S. riterrà equo liquidare”.

Il procuratore delle parti convenute ha così concluso: “a) in via principale che le domande di parte attrice siano respinte in quanto non suffragate da prove nè sull’*an* nè sul *quantum debeatur*; b) in via subordinata, che sia dichiarata perenta la presente istanza per decorso del relativo termine; c) in via ulteriormente subordinata, che la presente causa venga dichiarata improcedibile perché in contrasto col disposto della rubrica VI,

libro II, § 138 delle *Leges Statutae*; c) condannare comunque l'attrice al pagamento di spese, funzioni ed onorari tutti del presente giudizio".

## DIRITTO

La parte convenuta solleva formalmente l'eccezione pregiudiziale sulla improcebilità della domanda a sensi e per gli effetti del § 138 della Rub. VI del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, il quale espressamente recita: "quod elapso termino instantiae a nostris statutis praescripto, intelligatur absque alia pronuncia, perempta. Neque actor audiri possit nisi rescripto Generalis Consilii, et reffectis expensis" – "che scaduto il termine del ricorso, prescritto dalle nostre leggi, s'intenda perento senz'altra sentenza. Nè l'attore possa essere udito se non per rescripto del General Consiglio, e rifatte le spese".

Il termine al quale si riferisce la predetta norma è quello previsto dalla Rub. LXIX delle stesse *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*: agli ottanta giorni utili entro i quali devono essere normalmente spedite a sentenza le cause civili – "in causis civilibus et civiliter motis ac intentatis [...] illas expedire teneantur infra octaginta dies utiles per sententiam absolutoriam vel condemnatoriam" – "nelle cause civili e civilmente promosse ed intentate [...] siano obbligati ad espedirle dentro ottanta giorni utili con sentenza assolutoria o condannatoria" – si aggiungono altri dieci giorni di implicita proroga – "et si infra dictum tempus dictas causas non expediverint, instantia causarum praedictarum prorogata intelligatur ad decem dies" – "e se dentro il suindicato tempo non le espediranno, l'istanza di esse s'intende prorogata a dieci giorni", che nel diritto sammarinese portano il termine per la perenzione d'istanza a novanta udienze.

In realtà l'istanza della attrice "rinnova un giudizio di cui la parte convenuta aveva richiesto la perenzione", i cui atti, su richiesta di parte attrice, sono stati allegati alla presente causa. Pertanto sulla già avvenuta perenzione d'istanza non sussistono dubbi, né è contestato dalle parti che la stessa istanza è già stata dichiarata perenta.

L'eccezione pregiudiziale proposta nell'interesse della convenuta è dunque fondata e deve essere accolta. A questo proposito conviene soltanto allegare l'ormai consolidata giurisprudenza sammarinese onde, "per le combinate disposizioni dello Statuto lib. II, Rub. VI, § 138 e Rub. LXIX, § 469, convien riconoscere che **la perenzione d'istanza costituisce un impedimento all'attore di riproporre l'istanza medesima senza aver ottenuto uno speciale permesso del Generale Consiglio e aver pagato le spese del giudizio perento**" (cfr. sentenza del Giudice delle Appellazioni del 18 luglio 1917, nella causa n. 38 dell'anno 1915, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1911-1920, pp. 25-26).

Per adeguare tale decisione alle successive *reformationes* si deve aggiungere che in forza dell'art. 3, sub 4 della legge 5 giugno 1923, n.13 il Consiglio Grande e Generale, nella concessione della prescritta sanatoria, è stato sostituito dall'Ecc.mo Consiglio dei XII, che può, ormai con esclusiva competenza funzionale, "accordare il rescripto di sanatoria per le cause civili colpite dalla perenzione" prevista dal § 138 della citata rub. VI. Solo "accordata la sanatoria, restano validi tutti gli atti assunti nel giudizio perento e, ripreso il giudizio, si inizia un nuovo termine per la perenzione" (cfr. P.Colliva, *Note sulla perenzione d'istanza nel diritto comune e sammarinese*, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964 -1969, p. 457).

Si argomenterà pertanto, come in quella esemplare decisione, che **nel diritto sammarinese la perenzione d'istanza ha luogo ipso jure e, quando è intervenuta, la**

**causa si è estinta e non si può rinnovare senza la decisione - il c.d. rescritto di sanatoria – dell'Ecc.mo Consiglio dei XII, e senza che sia avvenuto il pagamento delle spese. Solo quando si sono verificate queste due condizioni l'azione può essere riproposta.**

Accogliendo l'eccezione della convenuta si deve quindi riconoscere la irricevibilità della citazione avanzata dalla attrice e dichiarare che non può giudicarsi il merito della causa, ma soltanto condannarsi l'attrice alle spese del giudizio.

## 71.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 22 luglio 1992.

Buscarini Cristoforo (Avv. R. Bonelli) : Vicini Sandrino (Avv. P.L. Bacciocchi); chiamato in causa Mazza Claudio (Avv. G.M. Marcucci) – Causa n. 197, anno 1987.

**Partito o movimento politico – Ente di fatto – Gestione interna e patrimoniale – Gruppo consiliare – Finanziamento.**

*Il partito o movimento politico, che non ha richiesto il riconoscimento giuridico, deve ritenersi, ai fini della sua gestione interna, un ente di fatto, regolato dagli accordi tra i soci ed in forza dei principi generali che disciplinano i contratti.*

*Ai fini della gestione patrimoniale non è conferita alcuna autonomia al fondo comune costituito dai componenti dell'ente di fatto ed ai medesimi spettante in ragione di comunione.*

*Al gruppo consiliare, formato dai candidati di una medesima lista eletti in seno al Consiglio Grande e Generale, quale espressione rappresentativa del partito o movimento politico, è riconosciuta una funzione pubblica, per la quale è erogato un finanziamento annuo.*

*Il finanziamento che il movimento politico riceve, perché rappresentativamente collocato come gruppo consiliare, costituisce il fondo comune dell'ente di fatto.*

---

## FATTO

Con istanza depositata il 25 settembre 1987 l'attore ha chiamato in giudizio il convenuto, per sentirlo "dichiarare obbligato a rendere conto delle somme affidategli dall'attore e quindi sentire dichiarare di essere tenuto a restituire al medesimo attore la somma residua, compresi interessi maturati nella gestione e con condanna al pagamento delle spese tutte di giudizio in caso di resistenza".

L'attore ha inoltre richiesto di ordinarsi al convenuto "di depositare presso il Tribunale Commissariale la somma trasmessagli dall'attore con i versamenti indicati in premessa, per procedere al sequestro della medesima fino alla conclusione della vertenza e assegnazione a chi di ragione".

Assume infatti l'attore che, alle elezioni politiche del 29 maggio 1983, ebbe a presentare una lista di candidati, ove, sotto la denominazione "Intesa Democratica - Partito



Repubblicano”, figurava unitamente ad altri. In detta lista l’attore è risultato unico eletto, quale membro del Consiglio Grande e Generale, godendo così delle indennità previste per i gruppi consiliari e di quelle destinate ai Consiglieri in quanto tali e in ragione della presenza alle sedute.

Assume inoltre l’attore che, quanto ha percepito, è stato integralmente trasmesso al convenuto per “la gestione e l’amministrazione”.

Assume infine l’attore che i candidati non eletti nella suddetta lista, cui si sono aggregate anche altre persone, hanno ritenuto di dover pronunciare la sua espulsione da un “ente a cui non si é mai data identità giuridica”. Ritiene pertanto di dover richiedere le somme versate “per la parte ancora disponibile presso il convenuto, essendo venute meno le comunioni di intenti e i vincoli morali”, che lo avevano indotto a mettere a disposizione le somme suddette onde sovvenzionare la comune azione.

Riprodotta la citazione, all’udienza del 14 gennaio 1988 si è costituito il convenuto, opponendo le eccezioni “generalia contra” e chiedendo il termine statutario per rispondere ed eccepire. Ha contestualmente depositato la situazione contabile al 31 dicembre 1981 del Partito Repubblicano Sammarinese, nonché l’assegno n.3536549 della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, intestato al Tribunale Commissariale e dell’importo di £.7.226.634, pari all’attivo al 31 dicembre 1987.

Con comparsa del 3 marzo 1988 il convenuto, premesso che le somme sono state ricevute nella qualifica di tesoriere del Partito Repubblicano Sammarinese - Intesa Democratica, e che sono state impiegate in base alle direttive degli organi sociali del partito, pur ritenendo le istanze dell’attore destituite di ogni fondamento, ha eccepito che devono essere rivolte al Segretario del Partito, richiedendone la chiamata in causa.

Autorizzata la chiamata, si é costituito il Segretario, eccependo che le indennità sono state versate dall’attore volontariamente, “quale contributo al fondo” del partito, e che non è vero che il partito non abbia “alcuna identità giuridica”. Dichiarò inoltre che l’espulsione dell’attore è da ritenersi legittima e che comunque l’attore non può chiedere la restituzione delle somme versate, essendo andate a costituire il fondo comune dell’associazione, di cui non si può domandare né la divisione né la restituzione del versato.

Con decreto del 4 marzo 1988 è stato aperto il primo termine di prova, durante il quale sono stati depositati documenti nell’interesse dell’attore, del convenuto e del chiamato in causa.

In particolare l’attore ha eccepito l’irrelevanza formale e sostanziale dei verbali delle sedute di coordinamento e dello statuto, in quanto la vicenda processuale “si trascina fra l’unico componente del gruppo consiliare, sortito dalla presentazione di lista di candidati presentata con la denominazione ‘Partito Repubblicano - Intesa Democratica’, quando non era ancora stato [...] fondato e la persona che concordemente gli iscritti nella lista avevano scelto per amministrare i fondi percepiti direttamente dal rappresentante consiliare”.

Dal primo documento risulta comunque che l’attore è stato presente a tutte le sedute, come risulta che il gruppo di persone che si sarebbe avvantaggiato delle somme assegnate al rappresentante della lista, cioè all’attore, è del tutto diverso dal gruppo che costituì la lista del Partito Repubblicano nel 1983.

Su richiesta dell’attore, con decreto 6 dicembre 1988, sono stati ammessi testimoni, che sono stati escussi all’udienza del 12 gennaio 1990.

L’attore ha poi rinunciato ai due termini di prova a suo favore ed ha chiesto l’apertura

del termine reprobatorio durante il quale il convenuto ha richiesto l'ammissione di testimoni. Si è opposto l'attore, perché tali testimoni sarebbero interessati "in quanto appartenenti alla associazione ed eventualmente tenuti in proprio a corrispondere al prof. Buscarini la somma in contestazione". La parte attrice ha dichiarato "che i fondi di cui si tratta sono stati impiegati come sostiene la controparte", ritenendo però che tale uso è illegittimo, "poiché si discute se il gruppo così detto 'Partito Repubblicano' potesse disporre delle somme pervenute al rappresentante consiliare eletto nelle liste Partito Repubblicano - Intesa Democratica".

Con tutte le riserve del caso i testimoni sono stati ammessi con decreto del 6 giugno 1990 e definitivamente ascoltati all'udienza del 21 marzo 1991: tali riserve devono essere definitivamente sciolte, dichiarando che i testimoni sono ammissibili ed influenti. Aperto il termine ad allegare il 19 aprile 1991, depositate le memorie conclusionali, la procura attrice ha chiesto fissarsi udienza per l'irrotulazione l'11 marzo 1992: la causa è stata posta "pro servato" e trattenuta per la decisione.

Il procuratore della parti attrici nelle finali allegazioni in diritto ha concluso chiedendo di "condannare il convenuto principale Vicini Avv. Sandrino, eventualmente in solido con il Geom. Mazza Claudio, chiamato in causa, al pagamento della complessiva somma di £.21.587.013=, od altra che dovesse apparire legittima ed equa a S.S. il Commissario della Legge, per le causali di cui alle presenti memorie e specificatamente a titolo di rimborso e restituzione delle somme personalmente conferite dal Buscarini durante la sua permanenza nella associazione di cui trattasi; il tutto con gli interessi legali dalla data della richiesta e con attribuzione immediata e in conto sul dovuto depositata in atti dal convenuto; il tutto con vittoria nelle spese da liquidare" che si richiedono complessivamente in £.4.300.000=.

Il procuratore della parte convenuta ha così concluso: "voglia questo Ecc.mo Giudice, ogni contraria istanza reietta, respingere in toto le istanze attrici in quanto destituite di ogni fondamento in fatto e in diritto. In subordine voglia dichiarare l'estromissione del convenuto Avv. Sandrino Vicini per carenza di legittimazione passiva al giudizio e dichiarare il chiamato in causa Mazza Claudio, quale Segretario del Partito Repubblicano Sammarinese - Intesa Democratica di cui il Buscarini faceva parte, unico e legittimo contraddittore dello stesso, stante la natura delle istanze avanzate e comunque obbligato a manlevare il Vicini da ogni responsabilità e/o obbligo eventuale. Si rileva infine la perenzione essendo trascorse oltre novanta udienze dalla contestazione della lite. Il tutto con condanna della parte attorea alle spese ed onorari del presente giudizio".

Il procuratore del chiamato in causa ha così concluso: "voglia l'Ecc.mo Commissario della Legge respingere in toto le pretese dell'attore in quanto infondate in fatto ed in diritto; e conseguentemente rilasciare la somma sequestrata e depositata presso codesto Tribunale. Il tutto con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio".

## DIRITTO

**1) Secondo una consolidata giurisprudenza "la perenzione sammarinese ha luogo ipso iure, è di diritto pubblico e tende a fare rispettare i termini del giudizio".**

Sempre secondo la suddetta giurisprudenza il suo regime deriva dalle combinate disposizioni delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, lib.II Rub.VI, § 138 e rub. LXIX, § 469 (cfr. sentenza del Giudice delle Appellazioni del 18 luglio 1917, nella causa n. 38 dell'anno 1915, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1911-1920, pp. 25-26;

Sentenza del Giudice delle Appellazioni del 18 agosto 1966 nella causa n.164 dell'anno 1961, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964 - 1969, p. 167-168; Sentenza del Giudice delle Appellazioni del 15 marzo 1964 nella causa n. 337 dell'anno 1959, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1970 - 1980, p. 168 e poi 169 - 170; sentenza del Commissario della Legge 14 agosto 1955 nella causa n.185 dell'anno 1955, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964, pp. 193-194).

Infatti è prescritto al § 138 che “*elapso termino instantiae a nostris statutis praescripto, intelligatur absque alia pronuncia, perempta*” – “scaduto il termine dell'istanza, prescritto dai nostri statuti, s'intenda perento senz'altra sentenza”. Il termine é stabilito al § 469, perché agli ottanta giorni utili entro i quali devono essere normalmente spedite le cause civili; “*in causis civilibus et civiliter motis ac intentatis [...] illas expedire teneantur infra octaginta dies utiles per sententiam absolutoriam vel condemnatoriam*” – “nelle cause civili e civilmente promosse ed intentate [...] siano obbligati ad espedirle dentro ottanta giorni utili con sentenza assolutoria o condannatoria”. Si aggiungono altri dieci giorni di implicita proroga: “*et si infra dictum tempus dictas causas non expederint, instantia causarum praedictarum prorogata intelligatur ad decem dies*” – “e se dentro il suindicato tempo non le espediranno, l'istanza di esse s'intende prorogata a dieci giorni” -, che nel diritto sammarinese portano il termine per la perenzione d'istanza a novanta udienze.

Per quanto invece riguarda il suo regime si aggiunga poi che **“una lunga consuetudine** (argomentando dalla rub. 29, libro II *Leges Statutae*) **ha stabilito che la perenzione non può essere interrotta, ma solo sospesa, dal giorno in cui sono ammesse le prove a quello in cui sono esaurite**” (cfr. P.Colliva, Note sulla perenzione d'istanza nel diritto comune e sammarinese, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964 -1969, p.457). Argomentando dunque dal testo statutario sul regime delle prove per testimoni per cui “*a citatione facta testium [...] terminus probatorius huiusmodi testes inducenti non currat usque quo dicti testes non fuerint esaminati*” – “dalla citazione fatta dei [...] testimoni non corra per chi li ha prodotti il termine probatorio, sino a che non sieno esaminati”, la sospensione é stata dunque estesa a tutti i mezzi di prova (cfr. Sentenza del Giudice delle Appellazioni del 18 agosto 1966 nella causa n.164 dell'anno 1961, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964 - 1969, p. 167; sentenza del Commissario della Legge 14 agosto 1955 nella causa n. 185 dell'anno 1955, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964, pp. 194). Tra la data del deposito dell'istanza di citazione - 25 settembre 1987 - e la data dell'udienza di irrotulazione - 23 aprile 1992 - sono decorse ben 157 udienze (11 nel 1987; 37 nel 1988; 33 nel 1989; 34 nel 1990; 36 nel 1991; e 6 nel 1992). Il computo relativo alla consumazione delle udienze che portano alla dichiarazione di perenzione d'istanza, ha però inizio soltanto con la contestazione della lite, che nella procedura sammarinese decorre non tanto con l'apertura dei termini di prova, ma quando il giudice “*causam audire incipit*”, cioè quando “si determini l'oggetto del dibattito” e vengono avanzate eccezioni o presentate domande da parte del convenuto (cfr. T.C.Giannini - F. Violi, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, RSM 1967, p. 92).

La *litis contestatio* è un ben individuato momento del rito processuale, anche se le *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* (lib.II, rub.XX, §.227) non richiedono o non fanno dipendere questo momento da particolari formalità. In autori come il Voet la contestazione della lite è definita così: “*non aliud est quam intentio actoris et contradictio seu depulsio rei, adeo ut ex actione et opposita peremptoria exceptione consurgat ac comprehendat illud in quo tota controversia consistit*” – “altro non è che la

domanda dell'attore e la contraddizione del convenuto, cosicché dall'esercizio dell'azione e dall'opposta eccezione perentoria, possa sorgere e delimitare la consistenza della controversia" (Commentarium, lib.V, tit.1, § 144). Alle stesse conclusioni perviene il De Luca quando sostiene che, tralasciate le antiche solennità, in sostanza si ha "contestazione con la prima protesta, opposizione o altro atto impugnativo fatto dopo la prima citazione al libello o petizione" (Instituta Civile, lib. V, tit. IV, par. 23).

Conseguentemente si può affermare che ogni attività, posta in essere dai convenuti anteriormente alla litis contestatio, non dà luogo all'udienza dalla quale deve procedere il computo per constatare la perenzione d'istanza.

Al contrario invece ogni eccezione dei convenuti, che impugni la domanda dell'attore nel merito, pone in essere la contestazione della lite: cioè "il quasi contratto giudiziale si stipula e il terreno della discussione si delimita" (cfr. T.Giannini, op. cit. lez. 8, par. 24, p. 96).

**Nell'ordo iudiciarius osservato presso il Tribunale Commissariale, prima della contestazione della lite, cioè in limine litis, non possono esser opposte eccezioni perentorie, ma soltanto eccezioni dilatorie e declinatorie, senza che la litis contestatio si formi.**

Tralasciando le declinatorie, che sono solo quelle che riguardano l'incompetenza e la recusazione, espressamente mandate alla competenza dell'Ecc.mo Consiglio dei XII, la richiesta di apertura del termine statutario per rispondere ed eccepire, proposta dai convenuti, non sembra collocabile tra quelle eccezioni che si considerano perentorie, cioè perpetue e che realizzano la litis contestatio, ma solo dilatorie e quindi soltanto temporanee e pertanto correttamente opponibili in limine litis.

In diritto comune, insegna ancora il De Luca, che **le "eccezioni sono dunque di due sorti, una di quelle le quali non feriscono la giustizia e li meriti della causa, ma solamente la giurisdizione e la competenza del giudice, o altre cose le quali riguardino l'ordine del giudizio per impedirne il progresso o la terminazione, e queste si chiamano dilatorie, ovvero declinatorie; l'altra di quelle le quali percuotono li meriti nella causa principale, così che la facciano morire e queste si chiamano perentorie"** (Instituta Civile, lib. IV, tit. VI, par. 26).

Nel caso di specie il convenuto si è costituito a mezzo di procuratore all'udienza del 14 gennaio 1988, chiedendo il termine statutario per rispondere ed eccepire e depositando in atti i documenti richiesti. Tale termine é decorso inutilmente ai fini della contestazione della lite, e solo all'udienza del 3 marzo 1988 il procuratore del convenuto ha richiesto la chiamata in causa del Segretario del Partito, per essere sollevato "da ogni responsabilità ed obbligo eventuale" ed eccependo, per la prima volta, che considerava le pretese dell'attore "destituite di ogni fondamento giuridico".

A tale data dunque si deve ritenere formalmente realizzata la litis contestatio, e pertanto dal 3 marzo 1988 si cominciano a computare le udienze per stabilire se, nel presente giudizio, è intervenuta la perenzione per oggettiva decorrenza delle prescritte novanta udienze.

Le udienze dell'anno 1987 non sono dunque utilizzabili, mentre quelle del 1988 si riducono a 29 soltanto, in modo tale che la causa, ai fini della eccepita dichiarazione di perenzione d'istanza, ha avuto una durata effettiva di ben 138 udienze. La causa però ha decorso inutilmente ai fini della dichiarazione di perenzione durante i due periodi nei quali sono state esperite le prove di assunzione dei testimoni, richiesti dall'attore e poi dal convenuto, per ben 36 udienze nel primo caso - dal 6 dicembre 1988 al 12 gennaio

1990 - e di ben 17 udienze nel secondo caso - dal 6 giugno 1990 al 21 marzo 1991 -, e così per un totale di 53 udienze.

Concludendo risulta che, ai fini del computo della dichiarazione di perenzione dell'istanza, sono state consumate soltanto 85 udienze ( $138 - 57 = 85$ ), che però non sono sufficienti per dichiarare che l'istanza è perenta a norma del § 138 della Rub. VI del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

L'eccezione sollevata dal procuratore del convenuto pertanto non può essere accolta, perché l'istanza non è perenta.

2) Eccepisce il chiamato in causa che il rapporto intercorso tra le parti debba ricondursi ad una "ipotesi di gestione autorizzata e derivante da accordi di più persone".

Deve pertanto respingersi che l'attore abbia esercitato un *actio negotiorum gestorum* o un *actio mandati*, perché il rapporto instauratosi non aveva né la natura di gestione di affari altrui né quella del mandato.

Eccepisce pertanto il chiamato in causa che tra le parti si è invece instaurato un rapporto caratterizzato per la sua natura associativa.

Sul punto l'eccezione è fondata e merita accoglimento.

3) L'art. 3, sub 2 della Legge 5 giugno 1923, n. 13 stabiliva che l'Ecc.mo Consiglio dei XII "abrogata ogni diversa disposizione o consuetudine" poteva "accordare riconoscimento giuridico ad associazioni [...]: approvarne i regolamenti, gli statuti, le norme di funzionamento, autorizzare l'applicazione della loro attività" sul territorio della Repubblica.

Oggi l'art. 4, comma secondo, della Legge 13 giugno 1990, n. 68, stabilisce che le associazioni non commerciali che "perseguano scopi di interesse più vasto di quelli personali degli associati e dispongano di un atto costitutivo e di uno statuto assimilabile, in quanto compatibili, alle norme istitutive delle società in nome collettivo possono ottenere il riconoscimento della personalità giuridica con provvedimento del Tribunale Commissariale". Tale norma ha implicitamente abrogato la precedente disposizione.

Ma l'ultimo comma del ricordato art. 4 prevede che "sono fatte salve le disposizioni speciali riservate ai partiti politici", cui devono analogicamente assimilarsi anche i semplici movimenti politici, presi in considerazione dall'art. 1 della Legge 5 settembre 1972, n. 28.

Quindi quanto disposto dal suddetto art. 4 in tema di associazioni non commerciali non è sempre applicabile a quelle formazioni associative che possono essere rappresentate come partiti o movimenti politici.

**I partiti o movimenti politici dunque, se si strutturassero nella forma delle associazioni legalmente riconosciute, resterebbero sotto il precedente regime e sarebbero di esclusiva competenza del Consiglio dei XII, sia quanto al riconoscimento della personalità giuridica, sia quanto alla sorveglianza. Non avendo però mai richiesto il riconoscimento giuridico, i partiti e i movimenti politici emergono solo come gruppi consiliari, e sono sottoposti a quella disciplina per la parte che li può interessare e per la rilevanza che può avere.**

**Ai fini della loro gestione interna i partiti o movimenti politici si comportano come enti di fatto, regolati dagli accordi tra i soci e in forza dei principi generali che disciplinano i contratti. Così almeno è stato deciso da tempo: "l'associazione giuridicamente non riconosciuta resta sostanzialmente regolata dagli accordi contrattuali tra i suoi componenti"** (cfr. sentenza del Commissario della Legge del 2 luglio 1966 nella causa n. 175 dell'anno 1961, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1966-

1969, p. 324).

Ma in ben determinati casi si può anche applicare in via estensiva la disciplina delle società aventi scopo commerciale, perché espressamente richiamata dal primo comma dell'art. 4 della Legge 13 giugno 1990, n. 68 e, in via analogica, la disciplina della comunione.

**4) La giurisprudenza sammarinese ha ritenuto che “in linea generale e a priori non può dirsi che gli enti di fatto (e cioè giuridicamente non riconosciuti) debbano considerarsi, dal punto di vista giuridico, non esistenti [...]. D'altra parte non è possibile sostenere a priori che le società o associazioni di fatto possano esercitare tutti i diritti come se fossero persone giuridiche”** (cfr. sentenza del Commissario della Legge del 15 ottobre 1964, nella causa n.175 dell'anno 1961, in Giurisprudenza Sammarinese, 1964-1968, p. 250).

A fondamento legislativo di una tale massima è opportuno richiamare come decisivo argomento, l'ultimo comma del ricordato art. 4 della Legge 13 giugno 1990, n. 68, e l'eccezione ivi prevista relativamente ai partiti e ai movimenti politici, che restituisce vigenza a norme che altrimenti dovrebbero considerarsi definitivamente abrogate.

**Da una tale decisione, che enuncia comunque il principio della libertà di associazione ed assume quindi il valore di affermazione generale, deve quindi anche oggi dedursi che il partito o il movimento politico può legittimamente e positivamente articolarsi nella forma dell'ente di fatto, non ignoto all'ordinamento sammarinese. Anzi nell'ordinamento sammarinese sia il partito sia il movimento politico sono presi in ben altra considerazione nel momento in cui si collocano come gruppi consiliari. In particolare il partito o movimento politico, nel momento in cui fruisce del finanziamento annuo previsto per i gruppi consiliari, non sempre può considerarsi nella stessa situazione giuridica soggettiva dell'ente di fatto.**

Secondo quanto afferma programmaticamente l'art. 1 della Legge 5 settembre 1972, n. 28 i gruppi consiliari esercitano una funzione pubblica che è “espressione rappresentativa dei partiti o movimenti politici”. Del gruppo consiliare poi fanno parte tutti “i candidati di una medesima lista eletti in seno al Consiglio Grande e Generale”, come enuncia il successivo art. 2 della stessa Legge.

Si deve anche osservare che l'art. 4, sempre della Legge 13 giugno 1990, n. 68, stabilisce che **il gruppo consiliare, che rappresenta quindi l'ente di fatto partito o movimento politico, nel momento in cui esercita la sua funzione pubblica, deve avere un suo “legale rappresentante”**. Perlomeno ai fini del deposito della delega scritta per la riscossione del finanziamento del gruppo consiliare e dell'esonero della responsabilità dell'amministrazione, il legale rappresentante ha una rilevanza giuridica non secondaria rappresentando in definitiva il movimento politico.

**5) Il regime cui deve attenersi l'ente di fatto è stato ben individuato dalla giurisprudenza che ha stabilito che “le associazioni non riconosciute sono regolate, per quanto attiene alla organizzazione interna, dall'atto costitutivo o dallo statuto, le cui norme convenzionali sono vincolanti per la disciplina interna tra gli associati. Non è conferita alcuna autonomia patrimoniale al fondo comune costituito dai componenti di una associazione non riconosciuta ed ai medesimi spettante in ragione di comunione”** (cfr. sentenza del Giudice delle Appellazioni del 10 agosto 1967 nella causa n. 175 dell'anno 1967, in Giurisprudenza Sammarinese, 1964-1968, p. 186).

L'attore dunque ha conseguito la posizione soggettiva di legale rappresentante del gruppo consiliare rappresentativo del movimento politico per il quale é stato eletto in

seno al Consiglio Grande e Generale e in tale veste ha ricevuto i finanziamenti annui previsti dalla Legge.

Tra il gruppo consiliare e il movimento politico cui l'attore ha partecipato, esiste un legame giuridicamente rilevante che la legge definisce come "espressione rappresentativa". Il movimento politico infatti nell'esprimere la sua funzione pubblica si rappresenta come gruppo consiliare. Ogni considerazione o affermazione che volesse trascurare tale legame positivamente riconosciuto, deve quindi essere censurata.

I finanziamenti sono dunque legittimamente avvenuti in capo al legale rappresentante dell'unico eletto del movimento politico costituitosi ai fini elettorali, cioè di un ente di fatto avente come scopo di conseguire una rappresentatività politica in seno al Consiglio Grande e Generale nella consultazione elettorale del maggio 1983.

L'ente di fatto movimento politico ha dunque uno scopo che é costituito dall'accordo contrattuale tra i componenti il movimento politico stesso: é la situazione di fatto nella quale si collocano i promotori, i soci, gli aderenti. E' importante annotare quindi che ai fini della gestione patrimoniale nell'ente di fatto, come sostiene la ricordata giurisprudenza, "il fondo comune costituito dai componenti l'associazione non riconosciuta" spetta ai medesimi "in ragione di comunione".

Non vi è dubbio che le indennità e i contributi, che il movimento politico ha ricevuto, perché si è rappresentativamente collocato come gruppo consiliare, abbiano costituito, o meglio siano andati a costituire, il fondo comune dell'ente di fatto o perché destinati a tal fine dalla stessa legge o perché destinati, sempre allo stesso fine, dal legale rappresentante del gruppo consiliare.

6) L'art. 2 della legge 20 maggio 1985, n. 59 stabilisce l'indennità o compenso mensile di funzione ed un gettone di presenza che è sottoposto a tassazione separata a norma dell'art. 7 della Legge 13 ottobre 1984, n. 91. Da tale disposizione discende che almeno l'indennità e il gettone pervengono all'eletto a titolo personale e solo a lui pertanto se ne deve riconoscere la piena disponibilità.

Dalla documentazione prodotta risulta che la somma erogata a questo titolo ammonta al netto complessivamente a £. 8.505.207 (1.625.310 + 4.050.547 + 2.829.350 = 8.505.207).

Diverso è il contributo versato al Gruppo Consiliare a sensi della richiamata Legge 5 settembre 1972, n. 28, e delle modifiche intervenute con Legge 8 luglio 1976, n. 26, che, alla luce delle considerazioni esposte, appartiene senz'altro al movimento politico che ha eletto l'attore in seno al Consiglio Grande e Generale.

Dalla documentazione prodotta risulta che la somma erogata a questo titolo ammonta al netto, complessivamente a £.5.705.085 (475.677 + 815.447 + 1.164.912 + 1.514.381 + 1.734.668 = 5.705.085).

L'indennità percepita a norma del terzo comma dell'art. 1 della Legge 28 gennaio 1981, n. 5, sostitutiva di un funzionario deriva soltanto da una scelta delle "forze politiche rappresentate in Consiglio" e pertanto è da ricondursi sempre alla piena disponibilità del movimento politico che ha eletto l'attore.

Dalla documentazione prodotta risulta che la somma erogata a questo titolo ammonta al netto, complessivamente a £.26.163.613 (2.842.434 + 4.991.656 + 5.504.365 + 6.563.154 + 6.262.004 = 26.163.613).

Deve quindi respingersi l'ipotesi che l'attore abbia conferito al movimento politico soltanto somme "di cui egli godeva a titolo personale", perché delle tre complessive voci, che la Contabilità di Stato ha erogato al Gruppo Consiliare Intesa Democratica -

Partito Repubblicano, soltanto il contributo percepito a norma dell'art. 2 della legge 20 maggio 1985, n. 59, può considerarsi di personale competenza del rappresentate legale del movimento politico nella sua rappresentativa espressione di gruppo consiliare.

Deve quindi escludersi che rispetto alle altre due voci di entrate, l'attore ne potesse liberamente disporre e che a titolo personale abbia potuto trasmettere quelle somme al convenuto o al chiamato in causa.

Rispetto a queste voci il movimento politico, l'ente di fatto liberamente formatosi, che ha portato l'attore ad essere eletto in seno al Consiglio Grande e Generale, sembra proprio che ne potesse liberamente disporre, come poi ha anche legittimamente fatto.

7) L'attore sostiene che in forza della intervenuta espulsione "possa rivendicare la restituzione" delle suddette somme.

In base alle esposte considerazioni la domanda dell'attore non può essere comunque accolta per i contributi ed indennità conseguiti in forza della Legge 5 settembre 1972, n. 28, e della Legge 28 gennaio 1981, n. 5.

Il problema semmai si pone per quanto è stato versato dall'attore stesso al costituito movimento politico e che a lui è derivato in forza della legge 20 maggio 1985, n. 59.

La somma è stata richiesta dopo che l'attore è stato espulso dal movimento politico, dall'ente di fatto al quale volontariamente ha partecipato. Ciò significa però che in precedenza, tra l'attore e i convenuti, è comunque esistito un accordo, perfezionatosi assieme ad altri nelle forme di una associazione di fatto. E' stato così stabilito tra i componenti l'associazione di fatto e senza il divieto formale del legale rappresentante del gruppo consiliare, che anche la suddetta somma potesse essere usata nell'interesse del movimento politico. Va da sé che tale deve ritenersi il contenuto dell'originario patto sociale, come eccepiscono in bella sostanza il convenuto ed il chiamato in causa sulla scorta della riportata giurisprudenza. A nulla rileva che non esista uno statuto scritto: l'organizzazione del movimento politico, che ha portato l'attore in seno al Consiglio Grande e Generale, ha avuto le sue tavole di fondazione nel patto sociale che legava gli aderenti al movimento politico. Ed è da tale patto associativo che discende il regime originario dell'ente di fatto - il movimento politico - che, poi, attraverso le elezioni dei sessanta membri del Consiglio Grande e Generale della Repubblica, si è articolato nel gruppo consiliare ai fini delle conseguenze economiche e patrimoniali per cui è causa.

**Il fatto espulsione, con cui il movimento politico ha ritenuto di volere colpire l'attore, non sembra sufficientemente rilevante ai fini dello scioglimento della comunione esistente tra gli associati. L'opportunità che ha determinato l'espulsione in questa sede non è apprezzabile né in positivo né in negativo, perché è una libera manifestazione di insindacabili opinioni politiche ampiamente riconosciute e garantite dall'ordinamento giuridico sammarinese.**

Il fondo, tenuto in comunione dai soci di fatto, si è costituito precedentemente alla espulsione non ad opera di uno, ma di tutti gli associati partecipanti al movimento politico. E' attraverso l'opera collettiva posta in essere dagli associati che l'ente di fatto ha assunto una rilevanza pubblica realizzandosi rappresentativamente in seno al Consiglio Grande e Generale ed ha così conseguito le risorse economiche, e poi gestito il suo patrimonio secondo gli accordi per cui più soggetti si sono aggregati in un ente di fatto.

Inoltre sempre a causa delle comuni finalità - lo scopo sociale -, già concordate tra gli associati prima dell'espulsione, il fondo comune ha ricevuto una sua precisa destinazione all'interno dell'ente di fatto con il consenso, espresso o tacito, di tutti gli associati e



quindi dello stesso attore. Anche se tale destinazione si fosse perfezionata secondo il principio maggioritario che presiede alla formazione di manifestazioni di volontà collettive, nel sistema di diritto comune conserva tutta la sua validità (cfr.E. Ruffini, Il principio maggioritario. Profilo storico, Milano 1976, passim).

Proprio a cagione della destinazione assunta per volontà degli associati, che nell'ordinamento sammarinese ha rilevanza pubblica, non sembra potersi consentire lo scioglimento del fondo comune pattiziamente costituito, neppure nel senso di restituire all'attore la sola quota di sua spettanza.

Si deve pertanto respingere la domanda proposta dall'attore.

8) In considerazione dei peculiari aspetti che la vicenda presenta si ritiene di dover derogare al principio generale della soccombenza e compensare tra le parti le spese di giudizio e gli onorari di causa.

## 72.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 23 luglio 1992.

B.F. (Avv. M.R. Palazzetti) : M.G. (Avv. R. Bonelli) - Causa n. 20, anno 1990.

### **Matrimonio – Separazione consensuale dei coniugi – Transazione – Rescissione – Insussistenza.**

*Si presume per legge che la transazione conclusa avanti al giudice non sia viziata da dolo, né da timore.*

---

## FATTO

Con istanza di citazione depositata il 18 gennaio 1991 l'attrice ha chiamato in giudizio il convenuto per sentire "concedere alla signora la rescissione dalla transazione sottoscritta il 10 marzo 1988 per lesione enormissima e [...] riconoscere la sussistenza della comunione patrimoniale dei coniugi e ripartire equamente quanto tale comunione ha prodotto".

Lamenta l'attrice di avere contratto matrimonio con il convenuto il 17 gennaio 1982 e di essere poi addivenuta a separazione consensuale, omologata con decreto del 10 marzo 1988. Tra le parti si sarebbe convenuto "di vivere entrambi sotto lo stesso tetto, non more uxorio, per avere entrambi vicino" il figlio minore, e che il negozio di abbigliamento, liquidato il convenuto del valore della merce, sarebbe rimasto all'attrice, mentre la casa in costruzione restava al convenuto, fermo restando il contributo in pari parti per l'andamento della casa e per il mantenimento del figlio.

Lamenta altresì l'attrice che l'accordo era da intendersi valido ed operante solo in costanza di convivenza e collaborazione fra i coniugi per le spese della casa e del figlio minore, giacché la collaborazione del convenuto é cessata nel momento in cui l'attrice ha trasferito il domicilio. Il convenuto avrebbe cessato il versamento dell'assegno per il

mantenimento del figlio, trattenendo anche gli assegni familiari, e pretendendo la vendita immediata dell'attività commerciale.

Lamenta altresì l'attrice di essere stata titolare in Italia di licenza commerciale ambulante, venduta per una somma pari a £.19.500.000=, prima del matrimonio, e di aver esercitato una attività artigianale. Tali cifre sarebbero state messe a disposizione della costituita famiglia, contribuendo anche alla gestione di attività commerciali, acquistate e rivendute successivamente, ma sempre facenti capo ad entrambi i coniugi per un complessivo valore di £.82.400.000=.

Lamenta infine l'attrice di avere contribuito per l'esatta metà a rendere definitivamente abitabile l'appartamento di proprietà dei genitori del convenuto, messo a disposizione della nuova famiglia. Tali lavori per un valore di £. 100.000.000=, avrebbero compreso le opere di ristrutturazione del primo piano e di costruzione dei muri del secondo. Dichiarò comunque di essere addivenuta all'accordo per concordia e per tale ragione avrebbe "arbitrariamente ed erroneamente rinunciato a quanto era in suo diritto".

Riprodotta la citazione si è costituito il convenuto, che si è opposto all'istanza della attrice, contestando i termini della vicenda, in particolare contestando la realizzazione dell'immobile e che l'attrice avrebbe "rinunciato ad una consistente parte dei suoi diritti".

Nei termini di prova è stato ammesso il contraddittorio tra le parti, nel quale ognuna delle parti ha ribadito le proprie posizioni. E' stata poi ascoltata una testimone, che ha confermato la vendita della licenza di ambulante per il prezzo dichiarato e che l'attrice ha continuato a lavorare presso l'acquirente della licenza per almeno sei mesi. E' stato temporaneamente allegato agli atti di causa il fascicolo n. 66 di Repertorio dell'anno 1988, in punto a separazione personale tra l'attrice e il convenuto, ove si legge la contestata transazione del 10 marzo 1988.

Nel termine di controprova sono stati ammessi documenti in favore della attrice e del convenuto, sono stati anche ammessi testimoni che hanno dichiarato come l'attore assieme al padre e al fratello, abbiano realizzato la parte grezza del fabbricato, servendosi di attrezzature avute in prestito da un conoscente.

Risulta che l'appartamento, sito nel suddetto fabbricato, è stato ceduto il 19 aprile 1984 dai genitori al convenuto a titolo di antiparte, per atto pubblico rogato dal Notaio Luigi Lonfernini, regolarmente registrato.

Risulta che il convenuto è stato titolare dal 8 ottobre 1979 di licenza commerciale al dettaglio per strumenti musicali e successivamente anche di musica radio e materiale elettrico. Tale licenza è stata esercitata ininterrottamente dal titolare fino al 24 giugno del 1987, e poi ceduta a terzi, e che dal 20 ottobre 1987 ha lavorato e lavora come operaio qualificato.

Risulta infine che l'attrice è titolare di licenza commerciale al dettaglio di confezioni, tessuti, merceria e cappelleria, esercitata in San Marino, Via L. Marini, 15.

Aperto il termine ad allegare dopo il deposito delle finali memorie, la causa è stata irrotolata, e, posta pro servato, è stata trattenuta per la decisione.

Nelle finali memorie in diritto il procuratore della parte attrice ha così concluso: "che S.S. il Commissario della Legge voglia: revocare la transazione avvenuta in corso di separazione coniugale; riconoscere giusto applicare il principio della comunione dei beni e attribuire alla Baschetti la piena ed esclusiva disponibilità dell'attività commerciale 'Abbigliamento merceria, ecc.', che attualmente gestisce, il tutto con vittoria di spese".

Il procuratore della parte convenuta, ha concluso “richiedendo la repulsa della istanza attrice, con condanna della attrice al pagamento di spese e onorari tutti della presente”.

## DIRITTO

1) Entrambe le parti in causa attribuiscono all'accordo del 10 marzo 1988, intervenuto in udienza avanti a S.S. il Commissario della Legge, che lo ha successivamente omologato, il valore e gli effetti di una transazione, con la quale i rapporti personali e patrimoniali derivanti dal matrimonio sono stati definitivamente stabiliti.

L'udienza nella quale la transazione ha avuto luogo è quella disposta a norma dell'art. 10 della Legge 26 aprile 1986, n. 49, al fine di esperire il tentativo di conciliazione tra i coniugi.

In linea di principio però bisognerà affermare che non sempre gli accordi, dai quali discende il regime della separazione consensuale, possono qualificarsi come transazione intervenuta tra le parti. Gli elementi formali che qualificano la transazione devono emergere con evidenza dall'accordo di separazione, poiché le cause per richiedere il regime di separazione sono soltanto quelle tassativamente elencate dall'art. 109 della citata Legge 26 aprile 1986, n. 49. **L'accordo di separazione, che ex lege assume una sua tipicità, non dà luogo sempre e necessariamente ad una transazione tra i due coniugi. In ogni caso l'accordo tra i coniugi disciplina i rapporti personali e patrimoniali assunti in ragione dal matrimonio e per i quali le parti abbiano la capacità di disporre.**

L'accordo previsto dalla legge comporta soltanto effetti modificativi al regime matrimoniale, che non cessa in ragione della separazione: il terzo comma dell'art. 111 della Legge 26 aprile 1986, n. 49, che ha valore generale, riconosce ex officio al Magistrato poteri di accertamento circa la pregiudizialità delle condizioni di separazione nei confronti di uno dei coniugi. Tale limite all'autonomia dei coniugi nel predisporre l'accordo, è elemento sistematico di notevole valore e consente di concludere, ancora una volta, per la tipicità dello stesso. **Solo gli effetti novativi, che le parti potrebbero liberamente introdurre senza cagionare pregiudizio, possono eventualmente caratterizzare l'accordo come transazione:** tali effetti devono pertanto essere voluti dalle parti, come è accaduto nel caso posto in decisione, tanto che le parti lo hanno riconosciuto.

2) Eccepisce il convenuto che l'istanza di rescissione per sussistenza di lesione enormissima nella suddetta transazione non trova fondamento.

L'eccezione è fondata e deve essere accolta.

**La giurisprudenza sammarinese, ha ritenuto che “la transazione può essere impugnata solo nel caso di lesione enormissima”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 27 maggio 1967 nella causa n. 290 dell'anno 1961, in Giurisprudenza Sammarinese, 1964-1969, p. 361), **consolidando in tale massima definitivamente il principio, che la lesione è enormissima, quando la somma versata a transazione “non raggiunga nemmeno il terzo di quanto dovuto”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 27 maggio 1967 nella causa n. 290 dell'anno 1961, in Giurisprudenza Sammarinese, 1964-1969, p. 364).

Orbene si deve tener conto che nella intervenuta transazione, non sembra che alla attrice, nello scioglimento della comunione posta in essere con il matrimonio, sia stato riconosciuto meno di un terzo del dovuto: perlomeno in questa sede non si ritiene

sufficientemente provata la domanda in questo senso. L'eccezione del convenuto rispetto alla costruzione dell'appartamento non è stata sufficientemente replicata da prove sul valore dei lavori effettuati utilizzando entrate della attrice, così come il convenuto ha dato prova di una sua autonoma attività commerciale condotta fino a poco prima della separazione.

Nella comunione familiare, al valore del conferimento iniziale della attrice, si contrappone l'attività commerciale del convenuto; nulla invece può contrapporsi all'appartamento, che non è mai entrato in comunione. A tali valori si deve poi aggiungere quanto la comunione ha sopportato per il mantenimento della famiglia: ne discende che l'attrice non ha fornito sufficienti prove per dimostrare che l'attività commerciale, che le è stata attribuita per transazione, sia inferiore ad un terzo dell'intera comunione.

**Venendo poi alla valutazione del clima nel quale si sarebbe svolta la transazione, prima e durante l'udienza di comparizione, insegna la giurisprudenza sammarinese che “solo quando la parte avversa si sia resa colpevole di dolo o di timore grave può farsi luogo alla rescissione della transazione”** (sentenza del Commissario della Legge del 10 maggio 1934 nella causa n°. 60 dell'anno 1932, in Giurisprudenza Sammarinese, 1933 e 1934, p. 81).

Si deve escludere la presenza di un timore dell'attrice nei confronti del convenuto: **non è sufficiente indicare le condizioni psicologiche di un coniuge che, vista fallire la sua unione matrimoniale, chiede la separazione consensuale, per dar prova dello stato di timore richiesto per la rescissione di una transazione.** Il comportamento dell'altro coniuge deve essersi “tradotto in coazione morale nei confronti dell'altra” parte (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'11 novembre 1971 nella causa n. 497 dell'anno 1968, in Giurisprudenza Sammarinese, 1970 - 1980, p. 272) e, stando alle prove raccolte in atti, ciò non sembra proprio essere avvenuto.

Resta da stabilire se la transazione si è realizzata in dipendenza di *dolus bonus* oppure di *dolus malus*. Nella vicenda non si ravvisa né l'uno, né tanto meno l'altro.

Si sarebbe trattato di *dolus bonus* se all'attrice fosse stato fatto intravedere “un vantaggio o guadagno nella conclusione del contratto, per deciderlo ad effettuarlo”. In altre parole **“costituisce dolo buono” quello “che la legge permette: *contrahentibus permissum est se invicem circumveniri*”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 20 agosto 1931 nella causa n°. 147 dell'anno 1929, in Giurisprudenza Sammarinese, 1931 e 1932, p. 32). **La presenza di un tale elemento soggettivo, anche decisivo ai fini del perfezionarsi della transazione, non ne consentirebbe comunque la rescissione per lesione.**

Sul coniuge convenuto non incombe poi l'obbligo di fornire alla attrice, quale condividente, elementi di valutazione del patrimonio familiare, come è richiesto nella comunione ereditaria (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 12 settembre 1939, nella causa n°. 52 dell'anno 1937, in Giurisprudenza Sammarinese, 1963, p. 107). Né l'obbligo può estendersi in via analogica da una situazione all'altra, perché la situazione del coniuge è diversa da quella che investe l'erede circa le sue conoscenze sull'asse ereditario. Nella comunione familiare il coniuge ha tutti gli strumenti per conoscere il patrimonio comune. Comunque il convenuto non ha posto in essere atti che avrebbero potuto ingannare l'attrice sulla consistenza della comunione familiare.

Anche ammettendo che il comportamento del convenuto sia stato in omettendo, resta da stabilire se anche in un comportamento omissivo può esistere l'intenzione di fare un torto, o meglio l'intenzione di raggiungere l'evento lesione.

Deve premettersi che **secondo la giurisprudenza sammarinese il semplice silenzio non integra gli estremi dei c.d. "artifici fraudolenti", che costituiscono sicuramente il dolo** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 28 luglio 1934 nella causa 495 dell'anno 1934, in Giurisprudenza Sammarinese, 1933 e 1934, p. 97).

Le conseguenze sono quindi quelle già note alla giurisprudenza sammarinese **"il dolo malo - contrassegnato da insidie, da raggiri, da covertie vie - (calliditas, fallacia, machinatio giusta la classica definizione di Labeone) - è causa di annullamento del negozio giuridico quando trattasi di dolus dans causam contractui e cioè quando i raggiri sono tali che senza di essi non si sarebbe prestato il consenso al contratto"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 20 agosto 1931 nella causa n°. 147 dell'anno 1929) in Giurisprudenza Sammarinese, 1931 e 1932, p. 32).

Ne consegue quindi che la transazione, a suo tempo stipulata dalla attrice, è da ritenersi valida.

Si aggiunge poi un ulteriore decisivo argomento: secondo la giurisprudenza sammarinese **la transazione conclusa avanti al giudice, si presume per legge che non sia viziata da dolo, nè da timore** (cfr. sentenza del Commissario della Legge n. 56 dell'anno 1976). Considerato che l'accordo transattivo fra i coniugi è avvenuto in udienza, ogni ulteriore considerazione appare del tutto superflua.

Le spese del presente giudizio sono a carico della parte attrice poiché seguono la soccombenza.

### 73.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 12 agosto 1992.

T.B. e S.D. (Avv. G. Belluzzi) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. L. Daniele e R. Cesarini) – Causa n. 92, anno 1982.

### **Cittadinanza – Nascita nello Stato da genitori ignoti – Riconoscimento – Effetti.**

*E' cittadino sammarinese per origine il nato nel territorio della Repubblica da genitori ignoti. Il figlio naturale acquista la cittadinanza dal genitore che lo ha riconosciuto.*

### FATTO

Con istanza avanzata il 16 marzo 1989 i signori T.B. e S.D. esposero:

- 1) di agire nella loro qualità di genitori naturali e legali rappresentanti del minore figlio T.S.;
- 2) il minore predetto, nato nel locale ospedale il 22 gennaio 1973, venne denunciato il giorno 25 dello stesso mese nell'Ufficio di Stato Civile come partorito da donna che non

consentiva di essere nominata e per tanto gli vennero d'ufficio imposti il nome S. il cognome T. e la qualifica di apolide;

3) con sentenza 16 luglio 1973 emessa nella causa civile ordinaria n.44 dell'anno 1973 promossa dalla signora S.A. contro T.B. e S.D. il Commissario della Legge dichiarò il minore T.S. figlio naturale degli istanti ed autorizzò l'Ufficiale dello Stato Civile di attribuire al minore il cognome paterno T. in luogo di quello di T. impostogli d'ufficio;

4) la qualifica di apolide attribuita al minore S. doveva ritenersi errata e non conforme ai principi in materia di cittadinanza vigenti nell'ordinamento sammarinese.

Quanto sopra esposto T.B. e S.D. convennero davanti a questo T. l'Eccellentissima Camera della Repubblica di San Marino per sentire dichiarare che al minore T.S., figlio naturale degli istanti spetta la cittadinanza sammarinese per origine, che non è venuta meno a seguito della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturale.

Nell'udienza all'uopo fissata gli attori riprodussero l'istanza introduttiva del giudizio.

L'Eccellentissima Camera costituitasi a mezzo di procuratore, si oppose all'istanza attrice definendola infondata.

Nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi documenti prodotti dalla parte attrice, venne autorizzata l'allegazione agli atti di copia autentica della sentenza di primo grado emessa il 16 luglio 1973, venne esaminato in qualità di teste l'Ufficiale di Stato Civile Avv. Belluzzi Romano.

Trascorso ad allegare, nell'udienza fissata per la irrotulazione della causa i procuratori delle parti hanno prodotto le finali allegazioni.

Il procuratore degli attori conclude richiedendo l'accoglimento dell'istanza avanzata in citazione. I procuratori della convenuta Eccellentissima Camera richiedono che l'istanza attrice sia respinta in quanto completamente infondata.

## DIRITTO

(omissis)

Con il presente giudizio gli istanti genitori naturali richiedono dichiararsi che il minore figlio deve essere riconosciuto cittadino sammarinese per origine dalla nascita e che tale cittadinanza ha conservato anche dopo la dichiarazione giudiziale che il minore è figlio naturale di essi istanti.

Nella testimonianza resa il 22 marzo 1990 l'Ufficiale dello Stato Civile Avv. Belluzzi Romano ha dichiarato che "precedentemente alla legge 27 marzo 1984 veniva per consuetudine attribuito ai nati da genitori ignoti nel territorio della Repubblica lo stato di apolide" e che tale stato attribuito al minore T.S. venne modificato nello stato della cittadinanza italiana dei genitori naturali a seguito dell'emanazione della sentenza 16 luglio 1973.

La consuetudine a cui ha fatto cenno l'Ufficiale dello Stato Civile è tutta da dimostrare ed ove anche eventualmente sussistesse deve dichiararsi con ogni sicurezza che trattasi di "consuetudo contra legem".

*L'art. 1 n.4 della legge sulla cittadinanza 27 marzo 1984 n. 32 recita: "sono cittadini sammarinesi per origine ... i nati nel territorio della Repubblica se i genitori sono ignoti". La norma è, con ogni evidenza, recentissima, ma non ha fatto che recepire e confermare il principio sempre affermato dal Diritto Romano Giustiniano e dal Diritto Comune.*

Giustiniano infatti, modificando profondamente il precedente diritto che dichiarava i figli esposti schiavi di coloro che ne prendevano cura, sancì che tali figli fossero liberi, ingenui, capaci di acquistare e di disporre dei beni che avessero acquistati (D. 25, 3, 4 – C. 8, 52, 3, - Novella 153, cap. 1).

Afferma il Fabro (*Codex Fabrianus, Coloniae Allobrogum 1628, Lib. VI, tit. XIX def. 17 e 20*): “*cum de statuti vel consuetudinis interpretatione agitur, que stricta semper fieri debet, non alius appellatione civis comprehenditur, quam qui originarius est, id est, in eo ipso loco natus ... longe alia ratio est infantis ad publicum hospitale expositi, cuius parentes ignorantur; is enim civis eius loci est in quo expositus reperitur, quia nihil aliud est quod melius at commodius dici possit*”.

Aggiunge il Merlin, nel suo monumentale repertorio di giurisprudenza: “un fanciullo esposto deve presumersi legittimo, giusta la massima: *semper in dubis benigni praeferenda sunt*”.

Il principio esposto ha per fondamento due motivi: l'uno, che nel dubbio si deve propendere per la nazionalità dello Stato nel quale il figlio di genitori ignoti è nato; l'altro, che dalla nascita nel territorio di una determinata nazione, la persona ha già un possesso di stato che è il più potente di tutti, specialmente quando si tratta di nazionalità.

Il più delle volte, anzi, non si potrebbe provare la propria nazionalità che con il possesso di stato.

In senso conforme disponevano i codici, Sardo (artt. 22 e 23), Parmense (artt. 16 e 17), Estense (artt. 19 e 20). Il principio stesso è stato poi confermato dall'art. 7 terzo comma del Codice Civile Italiano del 1865 e dall'art. 1 n. 3 della legge sulla cittadinanza italiana 13 giugno 1912 n. 555 che dispone: “è cittadino per nascita ... chi è nato nel Regno se entrambi i genitori sono ignoti” (cfr. la sentenza del 19 settembre 1988, confermata in appello, emessa nella causa civile n.26 dell'anno 1988)<sup>86</sup>.

Nella memoria conclusionale i procuratori della convenuta Eccellentissima Camera richiamano il principio, confermato dalla giurisprudenza sammarinese, che la nascita e la residenza su questo territorio non fanno mai acquistare la cittadinanza e ciò in deroga a quanto disposto dal diritto comune.

Nel caso presente, il richiamato principio è inconferente e non può avere alcuna giuridica rilevanza in quanto è evidentemente e ragionevolmente applicabile alle persone nate da genitori noti, ma in nessun caso può farsi al principio stesso riferimento nel caso eccezionale di nati da genitori ignoti.

In base alle premesse considerazioni, deve concludersi che al momento della nascita il minore S. era cittadino sammarinese per origine.

Deve tuttavia dichiararsi che correttamente l'Ufficiale dello Stato Civile, in forza e per autorità della sentenza dichiarativa della paternità e della maternità naturale, ha attribuito al minore S. la cittadinanza italiana dei genitori naturali.

**Il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio è l'atto, volontario e solenne con il quale un uomo od una donna dichiarano, nelle forme di legge, di essere rispettivamente padre e madre di un'altra persona determinata; atto che, come nella fattispecie, può assumere la forma della dichiarazione giudiziale della filiazione.**

---

<sup>86</sup> Edita in *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981-1990, pag. 1421 s..

Poiché il riconoscimento è in sostanza una confessione di un fatto personale, ne consegue che solo al padre spetta di riconoscere la sua paternità, solo alla madre la sua maternità e quindi né il riconoscimento della madre può essere opposto al padre, né quello del padre è efficace riguardo alla madre.

Del resto il riconoscimento può farsi nello stesso tempo dal padre e dalla madre del figlio naturale e sia congiuntamente, quanto separatamente.

Il riconoscimento fatto da uno dei genitori non ha bisogno di essere sorretto dal consenso dell'altro e non occorre quello del figlio.

Questi può essere riconosciuto anche suo malgrado, salvo il suo diritto di impugnare il riconoscimento.

E' bene notare che con il riconoscimento non si crea lo stato di figlio; il riconoscimento, come la locuzione indica, dichiara quello che prima era solo una posizione naturale già esistente.

Pertanto il principale effetto che deriva dal riconoscimento consiste nel fare constare legalmente, per tutti i rapporti civili regolati dalla legge, il vincolo della parentela naturale.

Lo stesso effetto discende dalla dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità.

La sentenza è atto di verità e di certezza legale ed è quindi più che logico che la sentenza che dichiara la filiazione naturale produca gli stessi effetti del riconoscimento.

Tra i rapporti civili regolati dalla legge vi è ovviamente quello, importantissimo, della cittadinanza, dominato dal generale ed universale principio che il figlio di genitori noti o di genitore noto, sia esso il padre o la madre, assume la cittadinanza di questi.

Non essendo in questo campo ammissibile alcuna distinzione tra i figli nati in costanza di matrimonio e quelli nati fuori del matrimonio, **il principio deve applicarsi anche al figlio naturale riconosciuto legalmente** e perciò anche esso si considera cittadino dello Stato al quale appartiene il genitore che lo ha riconosciuto.

Il conclusione ed in buona sostanza, nel caso particolare **la presunzione juris tantum della cittadinanza sammarinese del figlio nato nel territorio della Repubblica da genitori ignoti, non regge a fronte della certezza del volontario riconoscimento del figlio naturale da parte dei genitori e tanto meno a fronte della verità legale juris et de jure della sentenza dichiarativa della filiazione naturale.**

La legge 26 aprile 1986 n. 49, recependo integralmente i principi esposti, agli artt. 48 e 56 solennemente dichiara che il figlio naturale riconosciuto acquista a tutti gli effetti di legge compresi quelli successori, lo stato di figlio legittimo e che la sentenza che dichiara la filiazione naturale produce gli stessi effetti del riconoscimento .

In base alle premesse considerazioni, in fatto e in diritto la domanda attrice deve essere respinta in quanto destituita di giuridico fondamento.

La novità della fattispecie e motivi di equità inducono a compensare integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.



Olei Alberto e Zanotti Ornella (Avv. L. Bacciocchi) : S.A. Silsa (Avv. ti R. Bonelli e M. Nicolini) – Causa n. 142, anno 1989<sup>87</sup>.

### **Vendita – Clausola risolutiva espressa – Validità.**

*La clausola risolutiva espressa è valida, costituendo un patto tra le parti preventivamente convenuto ed accettato.*

---

### **FATTO E DIRITTO**

Con contratto stipulato per privata scrittura il 24 luglio 1987 la signora Spinalbelli Rosalba, nella sua specifica qualità di amministratore unico e legale rappresentante pro tempore della S.A. Silsa ed il signor Olei Alberto, il quale dichiarò di agire in nome proprio o di persona od ente che fede riserva di nominare al momento della stipulazione del successivo pubblico atto di compravendita, convennero:

- 1) la S.A. Silsa alienò al sig. Olei che espressamente esonerò la parte venditrice da ogni e qualsiasi responsabilità in merito alle autorizzazioni da richiedersi dall'acquirente in quanto forense, i beni immobili costituiti da appezzamenti di terreno siti in località Falciano di questa Repubblica, distinti al catasto terreni al foglio 1, alle particelle n. 111 (in parte) e n. 110 (in parte) dell'estensione di circa mq. 6300;
- 2) detti beni immobili vennero compravenduti nello stato di fatto e di diritto in cui si trovavano, con la caratteristica fondamentale della edificabilità per una superficie edificabile di mq. 4000 (indice di edificabilità 80% più seminterrato);
- 3) il prezzo di vendita venne concordemente fissato dalle parti nella somma di £. 155.000.000=, da pagarsi in varie rate in date diverse decorrenti da quella della stipulazione del pubblico atto di compravendita;
- 4) il pubblico atto di compravendita sarebbe stato stipulato dopo l'approvazione del progetto dell'edificio da erigersi sul terreno compravenduto e comunque non oltre il mese di ottobre dell'anno 1987.

In calce alla scrittura privata è apposta la seguente testuale dichiarazione: "Repubblica di San Marino, addì 17 novembre 1987. Le parti su costituite prendono atto che alla data odierna non vi è stata l'approvazione edilizia sul terreno in oggetto. Viene pertanto restituito al signor Olei Alberto il libretto al portatore n. 02/0105463.5 contenente la somma di £. 100.000.000=. La sottoscrizione della presente ne costituisce ricevuta di consegna al sig. Alberto Olei. F.to) Olei Alberto e Rosalba Spinalbelli".

Con il presente giudizio, introdotto con l'atto di citazione in data 22 maggio 1989, Olei Alberto e Zanotti Ornella richiedono la condanna della S.A. Silsa al pagamento in favore di essi attori della somma di £. 17.315.278= sostenuta per spese ed onorari professionali di redazione del progetto edilizio nonché la condanna della società convenuta al risarcimento di ogni altri danno derivante dal colpevole comportamento della convenuta stessa.

---

<sup>87</sup> Confermata con la decisione di secondo grado del 23 maggio 1994; vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 34.

Può subito affermarsi che la domanda attrice è pretestuosa, temeraria, destituita di qualsiasi giuridico fondamento, e va pertanto ovviamente respinta se non altro per la valida ragione che le parti contraenti all'articolo 5 della scrittura privata 24 luglio 1987 espressamente convennero: "le spese di progettazione sono a carico dell'acquirente solo per quel che riguarda la sua quota di edificio e così pure le imposte di concessione ed i relativi ed eventuali oneri".

Sarebbe infatti assai interessante esaminare il caso, mai verificatosi in cui la parte venditrice assumesse l'onere delle spese di progettazione dell'edificio che la parte acquirente andrà a costruire sul terreno oggetto della compravendita. Sussistono in realtà altri fondati motivi per respingere la domanda attrice.

L'acquirente Olei, verificatasi la condizione della mancata approvazione del progetto edilizio e trascorso il termine temporale espressamente pattuito, con il consenso della parte venditrice, ha preferito recedere dalla pattuizione intercorsa ed avere in restituzione la somma versata a titolo di acconto, così ponendo nel nulla il contratto, formalmente perfetto, tra le parti intercorsa il 24 luglio 1987.

Significativo è il fatto che il signor Olei, per personali ragioni che non è dato conoscere ma che in ogni modo qui non interessano, ha passivamente accettato la delibera con la quale la commissione tecnica edilizia non approvò il progetto presentato, non propose l'Olei ricorsi ed opposizioni. Anche in considerazione di ciò nessuna giuridica influenza può essere attribuita alle vicende successive che portarono alla regolare approvazione di altro progetto edilizio.

L'altro significativo fatto che il sig. Olei, sempre per motivi personali che non interessa conoscere, attribuì particolare rilevanza al termine di tempo concordato, è pienamente provato dalla scrittura privata sempre in data 24 luglio 1987 con quale l'avv. Bonelli Renzo costituì in deposito fiduciario il sopra specificato libretto bancario n. 02/0105463.5 contenente la somma di £. 100.000.000=, presso lo studio del notaio avvocato Bacciocchi Livio, da consegnarsi alla S.A. Silsa al momento della stipulazione del pubblico atto di compravendita del bene immobile descritto nella scrittura privata recante la stessa data del 24 luglio 1987, ovvero al sig. Olei, nel caso in cui "il detto sig. Olei non ottenga il valido e definitivo perfezionamento della compravendita indicata nella medesima scrittura privata" e che comunque sempre allo stesso sig. Olei Alberto "ove alla data indicata e quindi non oltre il 30 ottobre 1987 non sia legalmente possibile di addivenire alla compravendita più volte indicata".

Applicando i principi confermati da una giurisprudenza ormai consolidatissima, il Consiglio dei XII con la decisione di III grado 12 luglio 1985, emessa nella causa civile n.18 dell'anno 1980 (recependo integralmente il dotto ed autorevole parere espresso dal consulente nominato prof. Giovanni Gualandi) ha affermato:

**1) "non sarà superfluo ricordare che, secondo il diritto comune, la compravendita è un contratto consensuale e sinallagmatico: consensuale, perché la sua efficacia giuridica non è subordinata all'impiego di forme di sorta, il mero accordo di volontà essendo sufficiente a costituire il vincolo (D. 18, 1, 1, 2: Est autem emptio iuris gentium et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras; D. 19, 4, 1, 2: emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur;), sinallagmatico perché fa sorgere obbligazioni d'ambo le parti (ultra citroque obligatorius, bilaterale perfetto) e, quindi, due azioni correlative che le sanzionano (l'actio ex emptio e l'actio ex vendito). La vendita è conclusa ("perfecta") col consentire delle due parti sulla cosa e sul prezzo. La libera**

**manifestazione del consenso importa che il contratto di compravendita possa essere stipulato inter presentes e inter absentes, di persona e per nuncium, a voce o per lettera** (v. D. 18, 1, 1, 2, cit.; D. 2, 14, 2 pr.: *quamvis nondum pretium numeratum sit*; D. 18, 1, 2, 1; D. 19, 4, 1, 2; D. 18, 6, 8), **il contratto è obbligatorio e nessuna delle parti stesse può recederne unilateralmente**";

2) **non deve sfuggire “la peculiare distinzione tra compravendita e promessa di vendita, quest’ultima non implicando, come la prima, la volontà attuale di spogliarsi della cosa o del prezzo, ma contenendo soltanto l’impegno del promittente (o dei promittenti) di adottare in seguito tale determinazione di volontà** (V. G. Astuti, *Promesse de vente vaut vente*, (1952-1954), ora in *Tradizione romanistica*, cit. II, pp. 1113-1133), **giova qui ricordare che la compravendita meramente obbligatoria del diritto romano comune, a differenza della compravendita con effetti reali delle moderne legislazioni, non ha efficacia traslativa del dominio della cosa, ma crea soltanto l’obbligo del venditore al rilascio della cosa stessa (traditio), così come crea l’obbligo del compratore al pagamento del prezzo.**

**La traditio della cosa rappresenta, perciò, adempimento dell’obbligazione ex parte venditoris e non è, affatto, elemento costitutivo del contratto di compravendita, non è de substantia venditionis come il consensus, il pretium e la res secondo l’insegnamento dell’autore di un ‘opusculum modernae iudicialis practicae’ destinato a singular fortuna, la Practica Ioannis Petri De Ferrarii, Forma libelli in causa venditionis, nu. 1 (ed. Venetiis 1571, c. 28 ra): ‘Deinde sciendum est quod tria sunt de substantia venditionis, et altero ex his deficiente redditur venditio ipso iure nulla. Primum substantiale est partium consensus, ut l. j. in fi. et in l. in venditionibus in prino. ff. de contrahen. emp. (D. 18, 1, 1, 2 et D. 18, 1, 9 pr.) cum sim. ibi no. facit l. consensus. ff. de act. et ob. (D. 44, 7, 2). Secundum substantiale est pretium in pecunia numerata, non in spem vel in re, ut in d. l. j. ver. sed an substantiae (D. 18, 1, 1, 1) et l. ij. in fi. ff. ec. tit. de contrah. Empt. (D. 18, 1, 2, 1) et in §. pretium institu. de emp. et ven. (Inst. 3, 23, 1). Tertium substantiale est res quae venditur, quia sine re non potest contrahi venditio, ut in d. §. praetium (Inst. 3, 23, 1), ff. de contrahen. emp. l. nec emptio (D. 18, 1, 8 pr.), facit l. naturalis in princ. ff. de praescr. verb. (D. 19, 5, 5, 1) cum si’.** Concluso l’accordo fra le parti, lo scambio delle prestazioni e, quindi, la traditio cui è tenuto il venditore, può avvenire subito o essere differito nel tempo, senza che nell’intervallo sia lecito recedere dalla convenzione invita altera parte”;

3) **se la vendita non è pura ma sottoposta a condizione, per diritto comune la vendita condizionale è perfetta e da essa non si può recedere alterutro invito.** E’ la teoria, assolutamente dominante, che percorre tutto l’arco degli interpreti, da quelli del periodo aureo dell’elaborazione del ius commune fino ai tardi epigoni settecenteschi. Aderendo pienamente a tale dominante teoria, la giurisprudenza (si vedano in particolare le sentenze di primo grado 12 agosto 1922, pag. 5, confermata con sentenza di secondo grado 8 luglio 1923, *Giur. Samm.*, anno 1923, pag. 5, e 15 marzo 1952, nella causa n.43 dell’anno 1951, *Giur. Samm.*, anno 1963, pag. 272) ha stabilito i principi seguenti:

a) **la promessa accettata, subordinata all’avverarsi di una condizione, non produce giuridici effetti se la condizione non si avvera;**

b) **la clausola risolutiva espressamente contenuta nel contratto è pienamente valida, non esistendo infatti motivo alcuno per non dare esecuzione ad un patto tra le parti preventivamente convenuto ed accettato.** La Rota Romana (fondandosi sull’autorità del De Luca e di Graziano) costantemente confermò la regola “operatur, ut quatenus

aliquid intra certum ac determinatum tempus non adimpleatur, elapso termine statim resolvatur contractus, atque perinde habeatur ac si celebratus non fuisset”.

In dottrina occorre preminentemente riportarsi all’insegnamento di Savigny (Sistema del diritto romano attuale, traduzione dall’originale tedesco del Prof. Vittorio Scialoja, vol. III, pag. 146 seg., Torino, 1891). Il preclaro Autore premette che **“condizione (Conditio) significa l’aggiunta ad una dichiarazione di volontà, che in modo arbitrario fa dipendere la esistenza di un rapporto giuridico da un avvenimento futuro ed incerto”** ed inoltre che nelle fonti non si trovano termini tecnici sicuri che giustifichino pienamente la distinzione fatta dai giureconsulti tra condizione sospensiva e condizione risolutiva, cosicchè **“dovunque si parla di condicio, senza altra determinazione, deve intendersi anzitutto della sospensiva”**. Afferma poi l’Autore che, avverandosi la condizione per la risoluzione, il rapporto giuridico principale resta completamente annullato come se non fosse mai esistito e che perciò la proprietà, di per se stessa e senza una nuova tradizione ritorna, restando di conseguenza annullate anche tutte le alienazioni che nel frattempo eventualmente fossero state fatte e che fino all’istante della risoluzione furono certamente valide (D. 6, 1, 41; D. 18, 2, 4, 3; D. 20, 6, 3).

Ciò ancor più vale per la condizione vera, quella sospensiva, sulla base di un testo chiarissimo, (D. 18, 6, 8) in cui si legge: **“si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio sicuti nec stipulatio”**; altri testi (ad es., tra gli altri, D. 20, 4, 11, 1 e D. 50, 17, 18) conducono sicuramente alla conclusione **“conditio existens ad initium negotii retrotrahitur”** e **“retrotrahitur impleta conditio ad conventionis diem”**.

Identico ed egualmente autorevole è l’insegnamento del Prof. Guido Astuti, già Giudice delle Appellazioni Civili di questa Repubblica (I Contratti Obbligatori, Milano 1952, pag. 47 seg.). Il Prof. Astuti, sottolineando la speciale applicazione del principio della corrispondenza fra conclusione e scioglimento del contratto nei contratti consensuali, rileva che **“questi possono essere risolti col semplice consenso (dissensu, contrario consensu, contraria voluntate), ma soltanto re adhuc integra”**, avendo riguardo non già alla risoluzione del contratto per atto unilaterale, ma alla revoca per mutuo dissenso delle parti concordi (contrarius actus), che è un nuovo negozio operante in senso inverso al precedente cui ancora non si sia dato esecuzione (D. 18, 5, 2: dum res integra est; D. 18, 5, 3: antequam fuerit res secuta; D. 18, 5, 5: si res secuta non fuerit; Inst. 3, 29, 4: re nondum secuta; C. 4, 45, 1: re quidem integra; C. 4, 45, 2: re integra V; per ampie citazioni dottrinali; Johannis Karl alis Calvini, s. v. ‘Res integra’, in Magnum Lexicon Juridicum (ed. Coloniae Allobrogum 1759, Tom. II, pp. 414-415)) **e diretto a porlo nel nulla**.

In conclusione, come già si è premesso, la domanda attrice deve essere assolutamente respinta.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a totale carico della parte attrice.

## 75.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 8 settembre 1992.

Bonfé Alberto e Gabriele (Avv. G.M. Marcucci) : Bucci Gabriele e Rossigni Elio Riccardo (Avv. L. Bacciocchi) : Bucci Pietro e Riccardo (Avv. P.L. Bacciocchi) : Ciccioni Pio (non comparso) – Causa n. 225, anno 1987.

### **Contratto di deposito – Presunzione di gratuità.**

*Il deponente è obbligato a rimborsare al depositario le spese fatte per la conservazione della cosa depositata ed a tenerlo indenne di tutte le perdite che il deposito possa avergli cagionato.*

*Il depositario deve custodire la cosa depositata e restituirla immediatamente quando il depositante ne faccia richiesta.*

---

### **FATTO E DIRITTO**

Il giudiziale contraddittorio tra le parti e la testimonianza resa dal geom. Cellarosi Teseo hanno consentito di accertare definitivamente in ogni loro particolare i contorni della vicenda di cui è causa, inizialmente nebulosi e contestati.

I procuratori delle parti sostanzialmente concordano sullo svolgimento dei fatti seguenti:

1) nel mese di marzo o di maggio dell'anno 1981 il convenuto geom. Bucci Gabriele, quale libero professionista, per incarico ricevuto da un suo cliente, richiese agli attori Bonfé Alberto e Gabriele di potere temporaneamente depositare su di un appezzamento di terreno agricolo di loro proprietà, sito in Gualdicciolo, gli elementi scomposti di un capannone prefabbricato in cemento armato;

2) gli attori Bonfé, a titolo di mero favore e di cortesia, espressero il loro consenso, a condizione che il deposito del materiale non si protrasse oltre il termine di tre o quattro mesi;

3) il convenuto Rossini Elio Riccardo, dichiarandosi proprietario, con scrittura privata stipulata il 3 marzo 1982 alienò il prefabbricato ai convenuti Bucci Pietro e Riccardo;

4) i convenuti Bucci Pietro e Riccardo corrisposero agli attori Bonfé Alberto e Gabriele la somma di £. 1.050.000= a titolo di compenso per l'occupazione del terreno dal marzo 1982 al dicembre 1984;

5) Bucci Pietro e Riccardo con scrittura privata stipulata il 20 dicembre 1984 procedettero alla vendita del capannone prefabbricato in favore del convenuto, non comparso, Ciccioni Pio;

6) tutti i tentativi degli attori Bonfé di trovare un accordo con il convenuto Ciccioni per pervenire alla definitiva liberazione del terreno di loro proprietà risultarono vani, come nessuna risposta ottennero le loro richieste di ottenere un compenso per l'occupazione del terreno stesso.

In via preliminare, deve dichiararsi che il convenuto Ciccioni Pio, sebbene ritualmente citato a mani proprie e non comparso, è incorso, ad ogni effetto di legge, nello stato di contumacia.

**In merito al contratto di deposito si reperiscono in giurisprudenza unicamente le massime delle sentenze di primo grado 13 febbraio 1913** (emessa nella causa civile n. 3 dell'anno 1912 – Giur. Samm., anni 1911-1920, pag. 48) **e 23 giugno 1965** (emessa nella causa civile n. 92 dell'anno 1964 – Giur. Samm., anni 1964-1969, pag. 279).

**Nella prima si legge: “il depositario può chiedere al deponente le spese sostenute a causa del deposito: “contraria actio depositi datur depositario contra deponentem, ad recuperandas impensas in rem depositam factas sive graves, sive leves” (Voet, Ad Pandectas, lib. XVI, tit. III, n.10 – Digesto, id., legge 25). Il depositario può anche chiedere i danni risentiti dalla cosa depositata “damna quae depositarius ex re depositata vel eius occasione passus est” (Voet, l. c.) ma solo in quanto a carico del deponente stia il dolo, la colpa o una qualsiasi mancanza contrattuale”.**

**Nella seconda il Commissario della Legge affermò: “il contratto di deposito è presunto gratuito ma – a parte la questione se, nel caso di cui si tratta, si versi in un semplice deposito o in un negozio fiduciario avente scopo e fine diverso da quello della custodia – è anche vero che resta salva una diversa volontà delle parti che può essere espressa o anche desumibile tacitamente dalle situazioni di fatto”.**

I principi espressi sono ovviamente indiscutibili: tuttavia la sinteticità delle massime impone di maggiormente argomentare.

*Il deposito “est contractus quo alicui custodiendum traditur, sine mercede, ut integrum restituatur ... depositum privatum est, quod fit privata partium auctoritate, ut quando apud privatum aliquem, de cuius fide et diligenti cura deponens confidit, res aliqua deponitur, ut eam rite custodiat” (Ferraris, Prompta Bibliotheca, Parigi, 1865, v. depositum, N. 1-7).*

*Nel diritto romano, non si richiede che la cosa da depositarsi sia di proprietà del deponente; il deposito non può avere per oggetto se non cose mobili; il depositario non risponde, per regola, che del dolo e della colpa lata. Il deponente è tenuto a rimborsare al depositario le spese fatte per la conservazione della cosa depositata e ad indennizzarlo di tutte le perdite che il deposito può avergli causato. Il depositario può ritenere il deposito fino all'intero pagamento di quanto gli è dovuto per le spese e le perdite suddette.*

*Il diritto comune accoglie pressochè integralmente i principi romani.*

*Gli obblighi principali del depositario restano quelli di custodire la cosa depositata e di restituirla immediatamente quando il deponente ne faccia richiesta. Quando viene indicato un terzo per ricevere la restituzione, questa deve farsi alla persona indicata.*

*Il deponente è obbligato a rimborsare al depositario le spese fatte per la conservazione della cosa depositata ed a tenerlo indenne di tutte le perdite che il deposito possa avergli cagionato.*

*L'equità e la buona fede esigono che il depositario sia risarcito di tali spese e di tali perdite: lo esigono, indipendentemente da qualsiasi convenzione, i principi generali di diritto, secondo i quali non è lecito arricchire a detrimento altrui, ed è doveroso risarcire il danno che con il proprio fatto si è arrecato.*

*Se per la custodia della cosa viene pattuito un compenso, non si ha più il deposito ma una locazione di opera.*

*Per ottenere la rifazione delle spese e delle perdite spetta al depositario l'actio depositi contraria e gli è accordato anche il “jus retentionis”, che egli può esercitare fino all'integrale pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito.*

Applicando i principi esposti alla fattispecie deve dichiararsi:

- 1) al convenuto geom. Bucci Gabriele, quale libero professionista, non può essere attribuita alcuna responsabilità ed egli va pertanto assolto dalla domanda attrice;
- 2) parimenti assolto dall'istanza attrice è il convenuto Rossini Elio Riccardo, in favore del quale vale la gratuità del contratto di deposito;

3) vanno pure assolti i convenuti Bucci Pietro e Riccardo i quali hanno corrisposto agli attori Bonfè il compenso per la custodia della cosa depositata;

4) in definitiva il convenuto contumace Ciccioni Pio va condannato al risarcimento del danno cagionato ai depositari dall'occupazione del terreno di loro proprietà su cui sono ancora custodite le cose depositate. Trattasi di terreno ad uso agricolo, il cui presumibile reddito appunto di natura agricola non può essere stimato inferiore alla somma annua di £. 1.000.000=. Pertanto protraendosi l'occupazione del terreno da parte del Ciccioni dal dicembre del 1984 questi va condannato al pagamento in favore degli attori Bonfè Alberto e Bonfè Gabriele della somma di £. 8.000.000=, con gli interessi alla legale ragione del sette per cento ed in base al principio "dies interpellat pro homine", dal 20 dicembre 1984 (data di acquisto del capannone prefabbricato) al saldo.

E' in facoltà degli attori:

1) di ritenere la cosa depositata fino all'integrale pagamento della somma liquidata in loro favore;

2) ovvero di alienare l'oggetto del deposito soddisfacendosi del credito sulla somma ricavanda;

3) ovvero di trasferire altrove, anche in pubblica discarica, la cosa depositata, con espresso esonero da ogni e qualsiasi responsabilità relativamente alla custodia del deposito.

Le spese del giudizio vanno poste a totale carico del convenuto Ciccioni Pio, sia perché soccombente, sia perché contumace.

Le spese stesse vengono integralmente compensate tra gli attori ed i convenuti geom. Bucci Gabriele, Rossini Elio Riccardo, Bucci Pietro e Riccardo.

## 76.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 14 settembre 1992.

Molaroni Ugo (Avv. G. Belluzzi) : Pasquinelli Valdes (Avv. M.R. Palazzotti) – Causa n. 66, anno 1991.

**Danno prodotto all'estero – Legge applicabile – "Lex fori" – Actio ex lege Aquilia - Presunzione di responsabilità – Convenzione internazionale sulla circolazione stradale.**

*Il giudice sammarinese è tenuto a decidere secondo il diritto vigente in San Marino anche le controversie fondate su fatti avvenuti fuori del territorio della Repubblica.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 7 marzo 1991 il signor Molaroni Ugo ha convenuto avanti a questo Tribunale il signor Pasquinelli Valdes, titolare della ditta Pasquinelli Arredamenti, per sentirlo "dichiarare in via esclusiva la responsabilità del sinistro de quo e conseguentemente condannare al risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non

patrimoniali, a favore del signor Molaroni Ugo da liquidarsi nella somma di L. 18.168.993= o nella diversa misura che verrà accertata in corso di causa, ovvero quella che sarà stabilita in via equitativa, maggiorata di rivalutazione monetaria, interessi dalla data del sinistro al saldo, oltre a tutte le spese competenze ed onorari del presente procedimento e delle eventuali fasi successive. E' fatta sin da ora richiesta [...] di disporre, conformemente al dettato dell'art. 8 della legge 31 maggio 1971 n. 21, l'assegnazione di una provvisoria nella misura che lo stesso Commissario riterrà equa in favore della parte istante che [...] versa a causa del sinistro in questione, in stato di bisogno".

Esponeva l'attore che in data 6 marzo 1990, alle ore 11,40, sulla superstrada San Marino-Rimini, un kilometro oltre il confine di Dogana, e quindi in territorio italiano, si verificava un incidente stradale, a seguito della collisione fra l'autovettura Ford Tempo GL targata RSM/34667, di proprietà del signor Molaroni Ugo e dallo stesso condotta, e l'autocarro targato RSM/27904, di proprietà della ditta Pasquinelli Arredamenti, entrambi procedenti in direzione San Marino-Rimini. Asserisce l'attore che il sinistro si sarebbe verificato a causa della condotta del conducente dell'autocarro, lamentando di aver subito danni all'autoveicolo ed alla persona.

All'udienza fissata si costituiva il convenuto a mezzo procuratori, i quali contestavano "sia l'addebito di colpa, sia l'entità dei danni richiesti", essendosi verificato l'incidente "per colpa prevalente del Molaroni che, sopraggiungendo da tergo ad elevata velocità ed in violazione del limite ivi esistente, ha tentato di sorpassare il veicolo del convenuto, che stava iniziando una regolare, consentita e segnalata manovra di svolta a sinistra. L'attore ha tentato il sorpasso in zona di incrocio, laddove è espressamente e rigorosamente vietato. Il convenuto, quando si è visto raggiungere dalla velocissima vettura, non è stato in grado di fare alcunché per evitarla".

All'udienza del 18 aprile 1991 la procura attrice dichiarava in atti che la società di assicurazioni Il Duomo aveva inviato all'attore la somma di L. 6.000.000=, "riducendo a L. 12.168.993= l'oggetto del contendere".

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi agli atti documenti, ed il giudiziale contraddittorio tra le parti in causa, esperito all'udienza del 3 ottobre 1991.

Decorso il termine ad allegare, entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali; all'udienza del 25 giugno 1992 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo veniva trattenuto per la decisione.

La procura attrice ha concluso chiedendo "riconoscersi l'esclusiva responsabilità del sinistro de quo del signor Pasquinelli Valdes e conseguentemente, condannarsi il medesimo al risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, a favore del signor Molaroni Ugo, da liquidarsi nella somma di L. 18.168.993= di cui L. 14.549.741=, per danni subiti e patiti dall'autovettura ed in via equitativa L. 3.619.252=, quali danni derivanti da fermo tecnico, deprezzamento, contusioni, mancato guadagno, spese varie, oltre a rivalutazione monetaria dalla data del 12 maggio 1990 (60 giorni dal ricevimento della raccomandata) oltre a tutte le spese, competenze ed onorari del presente giudizio", da liquidarsi in L. 2.609.000=.

La procura convenuta, invece, ha così concluso: "se il sig. Giudice riterrà la colpa esclusiva dell'attore, la causa è finita, altrimenti occorrerà esaminare anche il quantum. L'ammontare dei danni è esagerato, in quanto la riparazione poteva essere eseguita con minore spesa [...] I convenuti hanno espressamente contestato le fatture prodotte dall'attore, che avrebbe dovuto provare il danno chiedendone la conferma testimoniale,



od a mezzo perizia; in mancanza di tali prove, le fatture non possono essere ritenute sufficiente prova del danno e della adeguatezza delle spese addebitate. Anche sotto questo aspetto la domanda non può essere accolta”.

## DIRITTO

1. L'attore richiede dunque l'accertamento della responsabilità del convenuto per l'incidente stradale verificatosi, e quindi la condanna di questo al risarcimento dei danni subiti in conseguenza del sinistro.

In via preliminare occorre esaminare l'eccezione avanzata dalla procura convenuta nelle allegazioni conclusive, in assenza di contraddittorio sul punto, secondo la quale “essendosi verificato il fatto in Italia, il giudice deve applicare le norme sulla circolazione stradale previste dalla legislazione italiana; allo stesso modo, per decidere sulle responsabilità e sulla entità dei danni, deve applicare le leggi italiane, dato che il danno si è verificato in Italia”.

E' superfluo osservare che tale eccezione non riguarda la **giurisdizione dell'autorità giudiziaria sammarinese**, la quale, secondo le prescrizioni delle Rub. I e XXXIV del Lib. II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, **è competente a conoscere “di tutte le controversie tra cittadini o semplici abitatori della Repubblica, anche se si trattasse di azione reale e l'oggetto fosse posto fuori del territorio della Repubblica, o fuori del medesimo fosse accaduto il fatto che serve a fondamento della causa”** (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed. riveduta dal dott. F. Viroli, San Marino, 1967, p. 29. Per la giurisprudenza sammarinese cfr., fra le tante, le decisioni del Consiglio dei XII, in data 31 luglio 1917, consulente Prof. Avv. D. Anzilotti, *Giur. Samm.*, 1911-20, p. 7, e in data 27 novembre 1934, consulente Avv. G. Ramoino, *Giur. Samm.*, 1933-34, p. 3). Essendo nella presente fattispecie attore e convenuto entrambi cittadini sammarinesi, sussiste dunque la giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Sammarinese.

La questione, invece, è relativa alla **legge sostanziale da applicare alla** presente fattispecie, che presenta un elemento di “estraneità” all'ordinamento sammarinese, costituito dal fatto che l'evento dannoso si è prodotto in Italia. Invero, la procura convenuta si lascia ingannare dalla disciplina italiana in materia di conflitti di leggi. L'art. 25 delle disposizioni sulla legge in generale stabilisce, infatti, che “le obbligazioni non contrattuali sono regolate dalla legge del luogo ove è avvenuto il fatto dal quale esse derivano”. **Per quanto riguarda il diritto sammarinese, invece, la giurisprudenza, sulla scorta delle disposizioni contenute nelle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, ha ripetutamente affermato il principio che “il Giudice Sammarinese anche nelle controversie tra cittadini di altro Stato non può applicare altro diritto che quello vigente in San Marino: ciò è detto nella Rubrica XXXIV del Lib. II nella quale è stabilito che i giudici sammarinesi sono tenuti a decidere secondo il diritto vigente a San Marino *iuxta formam iuris et statutorum Terrae Sancti Marini* non solo le controversie fra cittadini sammarinesi, fondate su fatti avvenuti nel territorio della Repubblica, ma altresì quando i contendenti accettino la loro giurisdizione, anche le controversie fondate su fatti avvenuti in aliena iurisdictione seu territorio”** (Decisione di Terza Istanza del Consiglio dei XII in data 16 giugno 1948, consulente prof. Piero Calamandrei, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 12). **E ancora**, con riferimento ad una fattispecie analoga alla presente: **“la pretesa della difesa appellante,**

**che cioè si giudichi in base al diritto italiano poiché l'evento si è verificato sul territorio italiano [...] non merita molte parole: è a tutti noto che ogni giudice è tenuto ad applicare le norme dello Stato nel quale esercita le sue funzioni"** (sentenza del Giudice delle Appellazioni, pubblicata in data 28 settembre 1990).

Sulla scorta di quanto precede, e tenuto conto che il diritto sammarinese non prevede nel caso specifico, norme particolari per risolvere il conflitto tra la legge sammarinese e quella italiana, non può esservi dubbio alcuno in merito alla applicabilità alla presente fattispecie della legge sostanziale sammarinese.

2. L'azione esperita dall'attore è l'*actio ex lege Aquilia*, la quale mira ad ottenere il risarcimento dei danni che esso assume avere risentito in conseguenza di un comportamento antigiuridico posto in essere dal convenuto.

*E' a tutti noto lo sviluppo storico di tale azione. Il damnum iniuria datum è l'unico dei delitti civili previsti dal diritto romano classico ad essere sopravvissuto in quanto tale in epoca giustiniana (a differenza del furto, della rapina e dell'iniuria, che si trasformarono in illeciti rilevanti esclusivamente dal punto di vista penale), fino a divenire il fondamento dell'azione generale di responsabilità per fatto illecito oggi conosciuta.*

*In origine, infatti, tale azione era concessa per il caso di danneggiamento, doloso o colposo, di cose, animali e schiavi, purché il danno fosse arrecato esclusivamente "corpore corpori", vale a dire con lo sforzo muscolare dell'agente alla cosa nella materialità fisica. In epoca giustiniana, grazie alla ricca elaborazione della giurisprudenza classica e alla attività del pretore, attraverso lo strumento delle "actiones utiles" o "in factum", si giunse ad estendere la portata della azione di danno anche a tutti i casi in cui non vi erano danni "corpore corpori illati", finché la dottrina del diritto comune la fece assurgere ad azione generale per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da qualunque condotta antigiuridica posta in essere dall'agente nei confronti di persone e cose.*

*Riguardo ai danni cagionati ad un uomo libero - la qual cosa costituisce il presupposto della elevazione della azione ex lege Aquilia a rimedio generale contro i danni derivanti da responsabilità civile - deve richiamare quanto affermato da Ulpiano (D. 9, 2, 13): "Liber homo, suo nominem utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur" (tale passo è stato poi ripreso dagli autori del diritto comune i quali - traducendolo letteralmente - asseriscono che "fu concessa l'azione utile ad una persona libera ferita, per ottenere il risarcimento, non la diretta, perché niuno è proprietario delle proprie membra": J. VOET, Commento alle Pandette, lib. IX, tit. II, n. XI, ed. cit., p. 288).*

*Le regole generali in materia di onere della prova nel caso di esperimento della "actio ex lege Aquilia", espresse dal costante insegnamento della giurisprudenza sammarinese (si veda, per tutte, la sentenza del Commissario della Legge in data 12 aprile 1978, in Giur. Samm., 1980, p. 414 ss.) - ed in base alle quali spetta all'attore danneggiato dimostrare i fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno, vale a dire la lesione antigiuridica del diritto soggettivo, il nesso di causalità tra condotta ed evento, nonché il dolo o la colpa dell'agente - sono derogate nel caso di sinistri stradali.*

*L'art. 3 della legge 6 marzo 1922 n. 13 recita, infatti: "Il proprietario ed il conducente di un veicolo a trazione meccanica sono obbligati solidalmente a risarcire i danni prodotti a persone e cose dalla circolazione dei veicoli stessi, quando non provino che da parte loro si è avuta ogni cura nell'evitare che il danno si verificasse".*

*Tale disposizione stabilisce, dunque, una inversione dell'onere della prova: "in materia di incidenti stradali, il danneggiato deve soltanto provare l'esistenza del danno e tocca al guidatore dell'autoveicolo di provare la propria assenza di colpa nell'avvenimento che al danno ha dato luogo. Tale presunzione di colpa [...] non è facile da distruggere in quanto [...] non basta che il conducente provi di avere osservato le disposizioni stabilite dalla legge ma è necessario che provi di avere osservato tutte quelle cautele e tutti quegli accorgimenti che, sebbene dalla legge non previsti, sarebbero stati necessari, nella specie, per impedire il verificarsi dell'evento dannoso" (Sentenza del Commissario della Legge in data 9 maggio 1964, Giur. Samm., 1964-69, p. 240).*

*Allorché si verifica una collisione tra due autoveicoli in marcia, la presunzione di responsabilità si estende ad entrambi i conducenti: "quando si ha una collisione tra due autoveicoli ciascun conducente deve sopportare la metà dei propri danni e ottenere il risarcimento dell'altra metà dal suo avversario a meno che uno dei coinvolti fornisca la prova che la sua responsabilità è secondaria rispetto all'evento prodottosi pur avendo concorso al verificarsi di questo. In tal caso il Giudice potrà operare una graduazione delle diverse responsabilità che servirà per stabilire le diverse percentuali dei rispettivi risarcimenti" (sentenza del Commissario della Legge in data 9 maggio 1964, cit., p. 240 s.).*

*La giurisprudenza sammarinese ha inoltre precisato che: "nel caso in cui due autoveicoli in circolazione si scontrino ed ambedue riportino danni, la presunzione di colpa di cui all'art. 3 della legge 6 marzo 1922 n. 13 sussiste a carico di ciascuno dei conducenti e si ha la compensazione dei danni, la quale si riannoda alla figura dell'ordinaria compensazione dei crediti e dei debiti reciproci. Se nello scontro uno solo degli autoveicoli riporta danni la presunzione starebbe a carico del solo conducente che ha cagionato il danno ma la locale giurisprudenza ammette la possibilità del concorso di colpa nel senso che il risarcimento può proporzionarsi all'efficienza della colpa in cui è incorso ciascuno degli autori del danno (danneggiante e danneggiato) cosicché in definitiva il danneggiato indennizza in parte sé stesso e il danneggiante non sopporta intero il peso dell'indennizzo" (sentenza del Commissario della legge in data 16 maggio 1959, Giur. Samm., 1964, fasc. 2, p. 188 ss.).*

*In definitiva, la circostanza che non vi sia stato urto fra gli autoveicoli o che, sebbene vi sia stata collisione, uno solo di questi sia stato danneggiato (il che si verifica soprattutto nei casi di manovre di sorpasso) non impedisce l'applicazione della presunzione di cui all'art. 3 della legge 6 marzo 1922 n. 13, perché tale presunzione sorge a carico del conducente del veicolo non danneggiato, sempre che sia stato accertato il nesso di causalità tra la circolazione di un veicolo ed il danno subito dall'altro.*

*Per vincere tale presunzione di colpa occorre che il conducente danneggiante provi di avere adoperato tutti gli accorgimenti idonei ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso, in modo che risulti che quest'ultimo non è in alcun caso ricollegabile alla sua condotta di guida. Pur non dovendo fornire la prova di una diligenza eccezionale, il conducente deve dimostrare non solo di avere osservato tutte le norme della circolazione stradale, ma anche di avere adottato tutte le precauzioni che una persona di normale avvedutezza avrebbe adottato nelle particolari circostanze della fattispecie concreta.*

*Nella presente fattispecie la autovettura Ford Tempo, guidata dall'attore Molaroni Ugo, che stava effettuando il sorpasso dell'autocarro guidato dal convenuto Pasquinelli Valdes, è andata a urtare contro il guardrail che divide le carreggiate e contro l'autocarro*

guidato dal convenuto, in conseguenza della riduzione dello spazio nella corsia di sinistra dovuto ad una manovra di inversione del senso di marcia posta in essere dall'autocarro medesimo. A seguito di tale incidente solo l'attore ha riportato danni alla sua autovettura (come risulta dalla copiosa documentazione prodotta in atti). E' vero che nel giudiziale contraddittorio fra le parti in causa, avvenuto all'udienza del 3 ottobre 1991 il convenuto accenna a qualche danno al suo autocarro (una striscia nera che va dal fondo del cassone fino a metà dello stesso), ma di ciò manca prova negli atti.

In base ai principi sopra esposti, deve affermarsi che resta a carico del convenuto la presunzione di responsabilità.

Vale la pena osservare, per mero tuziorismo, ed in considerazione della affermazione contenuta nelle allegazioni conclusive della parte convenuta (secondo cui l'onere probatorio incombe all'attore - non solo per la legislazione italiana, ma anche per quella sammarinese - egli doveva quindi dimostrare la colpa del convenuto, in difetto del che la sua domanda non può essere accolta), che tale disciplina dell'onere della prova si ritrova stabilita in termini analoghi dall'art. 2054 del codice civile italiano, il quale stabilisce che "il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno. Nel caso di scontro fra veicoli si presume, fino a prova contraria, che ciascuno dei conducenti abbia concorso ugualmente a produrre il danno subito dai singoli veicoli".

Si deve subito rilevare che il convenuto, durante tutto il corso del giudizio, ha tenuto un comportamento processuale meramente passivo. Se si eccettuano le dichiarazioni rese durante il giudiziale contraddittorio fra le parti in causa, non ha fornito alcuna prova per esimersi da responsabilità.

L'unico documento prodotto ed ammesso agli atti di causa con decreto in data 11 ottobre 1991 è una "perizia redatta dal geom. Moretti Fabio con allegate n. 6 foto", per conto dell'impresa di assicurazioni Il Duomo (con cui il convenuto aveva stipulato il contratto di assicurazione per i danni derivanti dalla circolazione del suo autocarro), la quale dimostra, al contrario, che sono stati prodotti dei danni alla autovettura dell'attore, attribuibili alla condotta colposa del convenuto, tanto è che in corso di causa la società Il Duomo ha provveduto a versare all'attore la somma di L. 6.000.000=, da detrarsi dalla complessiva somma di L. 7.917.027= liquidata dal suo perito.

La procura convenuta ha, inoltre, richiesto l'ammissione di "perizia giudiziale sulla persona di Molaroni Ugo per i danni alla persona e perizia giudiziale per la determinazione dei danni subiti dall'autovettura del Molaroni nel sinistro" (istanza in data 3 ottobre 1991). Oggetto della perizia non era, dunque, la dinamica del sinistro, bensì solo ed esclusivamente la valutazione dei danni, il cui risarcimento veniva reclamato dall'attore. Tale perizia non veniva ammessa in quanto l'istanza era avanzata dopo il decorso del primo termine probatorio; successivamente veniva riproposta ad istruzione ormai chiusa, dopo l'apertura del termine ad allegare (istanza in data 26 marzo 1992), per cui veniva nuovamente respinta. E ciò ai sensi dell'art. 3 sub 1 della legge 19 gennaio 1989 n. 5, il quale afferma: "le istanze di ammissione di mezzi di prova possono essere avanzate nel corso di cinque termini così distinti", costituiti ciascuno da un unico giorno utile.

In base ai principi sopra esposti e alle prove indotte dal convenuto, si deve ribadire che la presunzione di responsabilità resta a carico del medesimo convenuto, non avendo egli

dimostrato “di avere avuto ogni cura nell’evitare che il danno si verificasse”, né che l’urto sia dovuto a colpa esclusiva dell’attore.

3. E’ d’uopo, peraltro, sulla scorta di quanto precede, e per rendere concretamente operante la facoltà del giudice - nonostante la presunzione di responsabilità del convenuto - di valutare la sussistenza di un eventuale concorso di colpa del danneggiato, analizzare la dinamica del sinistro.

Al riguardo si segnala che nessun elemento probatorio si rinviene negli atti processuali, se si eccettuano le dichiarazioni rese dalle parti in causa nel corso del giudiziale contraddittorio, onde questo giudice deve procedere, per quanto possibile, sulla scorta delle stesse, in base anche a fatti noti, fermo restando che non è dato sapere se sul luogo esistesse, all’epoca del sinistro, segnaletica stradale orizzontale e verticale che inibisse la manovra di sorpasso o la manovra di inversione del senso di marcia, ovvero che limitasse la velocità o indicasse la presenza di un incrocio.

I due autoveicoli stavano percorrendo in direzione Rimini la strada consolare Rimini-San Marino. E’ noto che trattasi di una strada a due carreggiate per le opposte direzioni di percorrenza. Nel tratto in cui è avvenuto l’incidente la strada è rettilinea, divisa da una barriera spartitraffico nei due sensi di marcia, cui corrispondono, in ognuno dei sensi rispettivamente due corsie, una di marcia ed una di sorpasso, divise da segnaletica orizzontale tratteggiata. La collisione è avvenuta in prossimità di una apertura dello spartitraffico avanti al Mobilificio Guidi, che è posto sulla destra.

L’autocarro del convenuto percorreva la corsia di marcia. Il convenuto dichiara: “poco oltre circa 500 metri dopo il confine di Dogana mi sono accorto di non aver preso in ditta un documento. Ero alla guida di un autocarro; allora ho messo la freccia e mi sono portato sulla corsia di sinistra e giunto in prossimità dell’incrocio e precisamente il taglio dello spartitraffico, mi sono allargato verso destra e ho iniziato la manovra di inversione. A questo punto ho visto una macchina dallo specchietto di destra sopraggiungere ad alta velocità, la quale ha fatto una manovra da destra a sinistra per sorpassarmi ed è a questo punto che è avvenuto l’impatto fra il fianco sinistro del camion ed il guardrail; dopo dell’incidente ci siamo accorti di non poter attraversare la strada per invertire il senso di marcia e quindi siamo proseguiti fino al bivio di Falciano [...] Preciso che la manovra di attraversamento della strada l’avevo iniziata circa 200 metri prima del taglio del guardrail”. L’attore, invece, espone: “il traffico era intenso allorché sono riuscito a portarmi nella corsia di sorpasso per sorpassare il camion di Pasquinelli (il traffico allora si era smaltito per cui non vi era più nessuno immediatamente dietro); ho visto il camion che si spostava verso sinistra; ho pensato allora che intendessero effettuare una inversione di marcia, dato che davanti non vi erano automezzi da sorpassare, e mi sono di conseguenza portato sulla corsia di destra. A questo punto l’autocarro si è portato anch’esso a destra ed io ho atteso di vedere che cosa intendevano fare ed ho visto che si sono mantenuti a destra. A questo punto ho iniziato il sorpasso. Una volta affiancato, il camion si è portato verso sinistra e mi ha spinto verso il guardrail; l’impatto da destra a sinistra è stato violento; preciso che l’impatto è avvenuto a circa 80 metri”. Il convenuto, a quest’ultima affermazione, ribatte di ritenere che “la distanza tra il punto in cui è avvenuto l’urto ed il sopra descritto incrocio fosse di circa 30 metri, anche se è difficile quantificare con esattezza i metri”.

Risulta, dunque, che l’attore si trovava nella corsia di sorpasso allorché l’autocarro guidato dal convenuto si è portato dalla corsia di marcia a quella di sorpasso. L’attore afferma di aver capito che il convenuto intendeva effettuare una manovra di inversione

del senso di marcia “dato che davanti non vi erano automezzi da sorpassare”, mentre il convenuto dichiara di avere attivato l'apposito indicatore luminoso per il cambio di direzione. L'attore, allora, si è portato nella corsia di destra, come pure l'autocarro. L'attore ha iniziato nuovamente la manovra di sorpasso, mentre il convenuto ha iniziato la manovra di inversione del senso di marcia. Inevitabile l'urto e lo schiacciamento contro il guardrail dell'autovettura guidata dall'attore, avvenuto diversi metri prima dell'apertura nel guardrail medesimo.

**La circolazione stradale risulta disciplinata, nella Repubblica di San Marino, dalla legge 6 marzo 1922 n. 13, nonché dalla Convenzione Internazionale sulla circolazione stradale sottoscritta a Ginevra il 19 settembre 1949 e ratificata con Decreto Reggenziale in data 2 febbraio 1962 n. 54, e dalla Convenzione di Vienna dell'8 novembre 1968 sulla circolazione stradale, ratificata con Decreto Reggenziale in data 4 giugno 1970 n. 22, le norme delle quali, per effetto della ratifica stessa “hanno acquistato forza di legge obbligatoria in tutto il territorio e per tutti i cittadini, salva la facoltà dei competenti organi legislativi di San Marino di specificare e più minuziosamente determinare la materia in essa contenuta con apposito regolamento tecnico” (F. VIROLI, *La ratifica della Convenzione Internazionale di Ginevra sulla circolazione stradale*, in *Giur. Samm.*, 1964, fasc. 1, p. 137).**

L'art. 12 n. 4 della Convenzione di Ginevra stabilisce che i conducenti, prima di immettersi su un'altra strada devono accertarsi di poter effettuare la manovra senza danneggiare altri veicoli, indicare chiaramente la loro intenzione e portarsi il più possibile verso l'asse della carreggiata se intendono svoltare a sinistra. Tale previsione è ribadita dall'art. 16 della Convenzione di Vienna del 1968, nella quale è altresì enunciato il principio che coloro i quali intendono eseguire una manovra di svolta hanno l'obbligo di accertarsi di non costituire un pericolo per gli altri veicoli (art. 14).

Nella specie, il convenuto, nell'esecuzione della manovra di inversione del senso di marcia non ha osservato tali disposizioni. Sebbene sembri che abbia azionato l'indicatore luminoso per il cambio di direzione, ha impegnato, per l'esecuzione della manovra, tutta la carreggiata; ha tenuto un comportamento ambiguo spostandosi prima a sinistra e poi di nuovo a destra, anziché portarsi verso l'asse della carreggiata, nella corsia di sinistra e qui rimanere fino al taglio del guardrail; non ha verificato, anche a mezzo degli specchietti retrovisori, di non arrecare pericolo agli altri autoveicoli nell'esecuzione della manovra, tanto che, dopo essersi allargato a destra per iniziare la manovra di inversione e accortosi del sopraggiungere dell'autovettura del Molaroni, non ha desistito, dando luogo all'incidente. La leggerezza del convenuto nell'esecuzione della manovra emerge con evidenza allorché dichiara di essersi accorto, dopo l'incidente “di non poter attraversare la strada per invertire il senso di marcia”. Risulta quindi accertata la responsabilità del convenuto, che con la sua condotta negligente, ha dato luogo al sinistro *de quo*.

Vale la pena osservare, in riferimento esclusivo alle eccezioni sollevate dalla procura convenuta, che una analoga disciplina vige nella Repubblica Italiana. L'art. 104, comma 9, del D.P.R. 15 giugno 1959 n. 393, stabilisce che “qualora i conducenti si trovino su una strada a carreggiate separate o su una carreggiata a senso unico di circolazione, per svoltare a sinistra debbono tenersi il più possibile sul margine sinistro della carreggiata”, mentre l'art. 105, comma 7, precisa che “chi effettua la retromarcia o l'inversione del senso di marcia ovvero si immette nel flusso della circolazione deve dare agli altri la

precedenza". L'art. 522, comma 3, del D.P.R. 30 giugno 1959 n. 420, infine, pone il principio generale che coloro i quali intendono effettuare "una qualsiasi manovra consentita, che possa provocare intralcio agli altri veicoli in marcia normale, sono tenuti sempre a dare loro la precedenza". In applicazione di tali principi la Corte di Cassazione ha affermato che il conducente che "intende effettuare una qualsiasi manovra che possa provocare intralcio agli altri veicoli in marcia normale, è tenuto sempre a dare loro la precedenza; ne consegue che, nel conflitto tra la manovra di sorpasso e quella di svolta a sinistra del veicolo sorpassato, si verifica una situazione di priorità della prima rispetto alla seconda, per cui è dovere del conducente che intende svoltare a sinistra, assicurarsi preventivamente che non venga a determinarsi alcun pericolo di collisione con il veicolo che si prepari al sorpasso" (Cass. pen. 27 ottobre 1988, *Rep. Giur. it.*, 1989, voce "Circolazione stradale", n. 130, la quale esprime un ormai consolidato orientamento della giurisprudenza italiana).

Accertata la responsabilità del convenuto nella causazione del sinistro, resta da verificare se questa sia esclusiva, ovvero se alla produzione del sinistro abbia concorso l'attore, al quale, a sua volta, sia ascrivibile un comportamento colposo nell'esecuzione della manovra di sorpasso.

L'art. 11 della Convenzione internazionale sulla circolazione stradale stabilisce che il conducente che intende effettuare un sorpasso si deve assicurarsi di disporre di spazio sufficiente per effettuarlo e che la visibilità permetta di eseguirlo senza danni. Il conducente del veicolo da sorpassare deve mantenersi il più possibile al bordo destro della carreggiata e non deve accelerare la sua andatura. L'art. 4 del Regolamento del 6 marzo 1922 n. 13 stabilisce, inoltre, "che la velocità dei veicoli a trazione meccanica deve essere regolata in modo da evitare ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed, in particolare, deve essere convenientemente moderata nei tratti a visuale non libera e negli incroci". Preciso che non è dato sapere se al taglio del guardrail nel punto in questione corrispondesse un incrocio, vale a dire l'intersezione della strada con diritto di precedenza con altre strade secondarie, si osserva che la velocità dell'attore non può dirsi fosse eccessiva, tanto che l'autoveicolo si è arrestato quasi subito dopo l'urto, senza provocare danni al convenuto (se si eccettua la dichiarata striscia nera fino alla metà del cassone dell'autocarro). Peraltro, anche sebbene non sembri che l'attore abbia violato espresse disposizioni di legge, egli, accortosi del comportamento quanto meno imprudente ed ambiguo del convenuto avrebbe comunque dovuto porre in essere un comportamento più accorto, adoperandosi, a sua volta, per evitare il sinistro (art. 7 della Convenzione), magari desistendo dal porre in essere la manovra di sorpasso. Pare dunque equo porre a carico dello stesso attore un concorso di responsabilità pari al 20%.

4. Affermata la responsabilità del convenuto nella percentuale dell'80% per i danni arrecati all'attore in conseguenza del sinistro, occorre procedere alla valutazione del danno medesimo.

La procura attrice chiede il risarcimento dei danni prodotti alla vettura dell'attore per un ammontare pari a L. 14.549.741, nonché dei danni derivanti da fermo tecnico, deprezzamento, contusioni, mancato guadagno e spese varie pari ad una somma la liquidarsi in via equitativa, ed indicata in L. 3.619.252=, per un totale di L. 18.168.993.

Relativamente alla autovettura si tratta di liquidare danni esclusivamente patrimoniali. Il risarcimento deve comprendere tutto il danno certo ed effettivo, dovendo il danneggiato essere reintegrato nella stessa situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se il fatto illecito non si fosse verificato.

Il risarcimento del danno c.d. *patrimoniale* ricomprende, come è noto, sia il danno emergente che il lucro cessante. Costituisce, altresì, dato acquisito che il momento decisivo per distinguere il danno emergente dal lucro cessante è quello in cui si verifica l'evento dannoso. In quanto tale evento sottrae al danneggiato entità patrimoniali che già aveva, si ha un danno emergente, mentre in quanto esso impedisce che nuovi elementi, nuove utilità vengano acquistate e godute dal danneggiato, costituisce un lucro cessante. In definitiva, **il danno emergente consiste in una diminuzione del patrimonio del danneggiato, che ricomprende anche il rimborso delle spese sostenute in conseguenza dell'evento dannoso, mentre il lucro cessante consiste nell'esclusione di un incremento patrimoniale che si sarebbe verificato in mancanza del fatto dannoso.**

**Il lucro cessante deve, peraltro, essere determinato con esclusivo riferimento alle concrete ed effettive possibilità che non si siano attuate. Esso deve sempre risultare positivamente dimostrato, e cioè deve potersi ritenere che un determinato lucro si sarebbe avuto ed invece è mancato in conseguenza del fatto illecito.**

Un cenno a parte deve essere fatto per il danno derivante da c.d. **fermo tecnico**, vale a dire quel danno, che si aggiunge a quello arrecato alla struttura materiale del veicolo, consistente nella mancata utilizzazione dell'automezzo, soggetto a fermo forzato a causa della colpa altrui, perché questo possa essere riparato. **Nel caso che il veicolo danneggiato non sia stato sostituito durante il periodo di fermo necessario viene richiesto il risarcimento del lucro cessante risentito per il mancato impiego della macchina; nella ipotesi in cui il veicolo danneggiato sia stato sostituito con un'altra autovettura, invece, il risarcimento del danno si presenta come un rimborso spese.**

Deve, inoltre, essere evidenziato che non risulta in atti alcuna contestazione circa il nesso causale tra la condotta del convenuto ed il danno prodotto all'attore. E' noto, infatti, che **per la sussistenza del nesso di causalità materiale è necessario che tra il comportamento doloso o colposo e l'evento dannoso vi sia un rapporto di sequenza costante, per il quale l'evento appaia come una conseguenza normale dell'antecedente. In altre parole, la condotta illecita deve essere idonea a produrre l'evento sulla base di un criterio di prevedibilità riferito all'*id quod plerumque accidit*. Tale nesso causale, inoltre, può essere anche mediato o indiretto, e allora sono risarcibili anche i danni mediati e indiretti, purché costituiscano effetti normali del fatto illecito secondo il criterio della regolarità causale.**

Si deve subito osservare che, contrariamente a quanto accade per l'*an* della responsabilità, spetta al danneggiato, in applicazione della regola generale sull'onere della prova - secondo cui la prova spetta a colui che afferma il fatto su cui si fonda il suo diritto, e non a colui che nega (D. 22, 3, 2: "Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat", e D. 22, 3, 21: "semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit") -, dimostrare l'entità dei danni al fine della liquidazione del *quantum debeatur*.

La procura attrice ha prodotto in atti fotografie della autovettura danneggiata dal sinistro, per provare l'esistenza del danno, e, con riguardo alla misura dello stesso, fatture e preventivi.

Propedeutica all'esame di tali prove documentali è, peraltro, la disamina della efficacia probatoria di tali prove documentali. La procura convenuta, nelle finali allegazioni, dichiara infatti che "l'ammontare dei danni è esagerato, in quanto la riparazione poteva essere eseguita con minor spesa [...] I convenuti hanno espressamente contestato le fatture prodotte dall'attore, che avrebbe dovuto provare il danno chiedendone conferma



testimoniale, od a mezzo di perizia; in mancanza di tali prove, le fatture non possono essere ritenute sufficiente prova del danno e delle spese addebitate”.

**La fattura è un documento contenente l'indicazione dettagliata delle merci, che un imprenditore rimette ad un altro, al titolo ed allo scopo in essa indicati, sia a seguito di un precedente contratto, che indipendentemente da esso. Normalmente la fattura risulta fondata sulla base di un atto o contratto sottostante (nella presente fattispecie su un contratto d'opera). Essa si colloca nella fase esecutiva seguente alla conclusione del contratto, e contiene l'indicazione di fatti, qualità, quantità della merce, prezzo, ecc., presentando quindi elementi di una dichiarazione di verità o di scienza. Fra le parti (venditore e compratore, committente e prestatore d'opera) la fattura ha la efficacia probatoria della scrittura privata, e quindi fa piena prova, se riconosciuta, nei confronti del soggetto contro il quale è prodotta. Nel caso in cui non sia riconosciuta colui contro cui è prodotta potrà contestarne il contenuto, dando la prova dei fatti affermati. La giurisprudenza sammarinese ha applicato tali principi affermando che la fattura “da sola non può (ove non risulti la sua esplicita o anche tacita accettazione) provare le somministrazioni che in essa vengono segnate dal produttore”** (Sentenza del Commissario della Legge in data 23 agosto 1937, *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 63. Nello stesso senso si veda la sentenza del Giudice delle Appellazioni in data 28 giugno 1978, *Giur. Samm.*, 1970-80, p. 202). **Essa costituisce, peraltro, un indizio, una presunzione dell'esistenza del credito affermato, che tuttavia deve essere confermato da altre risultanze probatorie.**

**Nei rapporti con i terzi, non destinatari del documento, la fattura non può spiegare effetti, sulla base del principio generale che la posizione di un terzo non può essere influenzata da una dichiarazione di verità alla quale egli è rimasto estraneo.** Essa, tuttavia, costituisce un elemento attraverso il quale il giudice può trarre elementi di giudizio e di convincimento, anche consistenti in semplici indizi e presunzioni, in quanto la fattura attesta un fatto e cioè - come nella presente fattispecie - che sono state eseguite le riparazioni e le sostituzioni elencate. E ciò vale tanto più nella materia del risarcimento danni derivanti da responsabilità civile, ove, quando il danneggiato abbia provato l'esistenza del danno e questo non possa essere provato nel suo preciso ammontare, è rimesso al giudice il potere di liquidarlo in via equitativa.

**In relazione al preventivo di spesa, invece, si segnala che quando contenga l'indicazione specifica dei lavori e delle merci, può essere utilizzato dal giudice come elemento di prova per la formazione del suo convincimento. Tuttavia, in quanto attesta semplicemente che, all'esame del veicolo, sono stati riscontrati determinati danni, esprime una opinione circa il costo presumibile delle riparazioni e sostituzioni da eseguire, sebbene tale opinione sia rafforzata dalla disponibilità di colui che lo confeziona a compiere i lavori al prezzo indicato.**

Deve essere quindi respinta l'eccezione della procura convenuta, nella parte attinente alla efficacia probatoria delle fatture e dei preventivi, essendo accertato che, sebbene non costituiscano piena prova, su tali documenti ben può il giudice fondare il suo convincimento.

5. La procura attrice, reclama, a titolo di danno emergente la somma complessiva di L. 14.549.741=. Produce i seguenti documenti: 1) Preventivo spese in data 10 gennaio 1991 della società Elleauto s.r.l., relativo a lavori di natura meccanica, per L. 1.919.500=; 2) Fattura emessa dalla Carrozzeria Titano in data 12 luglio 1990, pari a L. 9.110.448=; 3) Preventivo spese in data 26 novembre 1990 della Carrozzeria Titano, pari L. 2.621.000=;

4) ricevuta della Carrozzeria Titano pari a L. 240.000=; 5) ricevuta ditta Cesarini e Carattoni pari a L. 120.000=; 6) fattura Alimondo per spese di spedizione, per L. 58.394=; 7) Fattura Avis per noleggio autovettura per L. 480.451. Viene inoltre prodotto un documento attestante l'acquisto della autovettura negli Stati Uniti, da dove sono stati importati i ricambi originali.

La procura convenuta non avanza contestazioni specifiche sull'entità dei danni lamentati dall'attore, limitandosi ad affermare genericamente che "le richieste sono esagerate e dovranno essere ridimensionate, come risulterà in corso di causa" (comparsa di costituzione in giudizio in data 19 aprile 1991), e "l'ammontare dei danni è esagerato, in quanto la riparazione poteva essere eseguita con minor spesa" (allegazioni finali). Contrariamente a quanto sostenuto dalla procura convenuta, non risultano dunque dagli atti concrete e provate contestazioni degli importi indicati nelle fatture, e quindi sull'ammontare dei danni. Non viene, inoltre, posto minimamente in discussione il nesso eziologico tra i danni subiti (e riparati) e l'evento dannoso. L'unico documento prodotto è la valutazione dei danni posta in essere dal perito dell'assicurazione dell'autoveicolo del convenuto, il quale stima i danni in L. 7.917.027=.

Una corretta applicazione dei principi sull'onere della prova impone che il danneggiato sia tenuto a provare i fatti posti a fondamento della sua pretesa, e cioè di aver fatto riparare l'autoveicolo, sopportando un determinato esborso; spetta al danneggiante, invece, fornire elementi di prova a dimostrazione dei fatti su cui si fonda l'eccezione diretta a paralizzare la pretesa attrice. Dunque, non è sufficiente addurre la semplice valutazione difforme del perito di parte, ma occorre provare la circostanza, ad esempio, della mancanza del nesso di causalità fra le riparazioni ed il danno arrecato dal sinistro, che il danneggiato avrebbe potuto ottenere lo stesso risultato presso un'altra officina, pagando un prezzo inferiore, o che i costi sono stati volutamente esagerati, ecc. Mancando prove in tal senso deve essere liquidata a titolo di danno emergente relativo all'autoveicolo la somma richiesta di L. 14.549.741=.

6. La procura attrice, inoltre, richiede la liquidazione, in via equitativa, della somma di L. 3.619.252= "quali danni derivanti da fermo tecnico, deprezzamento, contusioni, mancato guadagno, spese varie".

Occorre subito richiamare quanto già affermato a proposito del **fermo tecnico: esso assume qualità di lucro cessante quando il proprietario perde un guadagno connesso alla utilizzazione del veicolo; si configura come danno emergente, quando il mancato utilizzo della autovettura costringe il proprietario all'esborso di somme di denaro, per noleggiare, ad esempio un altro automezzo**. Nella specie non risulta dimostrato che l'attore ha perduto un guadagno in conseguenza della sosta forzata; avendo, invece, l'attore provveduto a noleggiare una autovettura, il danno da fermo tecnico si risolve in un rimborso delle spese sostenute, già tenute in considerazione nella liquidazione del danno emergente.

**Il deprezzamento dell'autoveicolo costituisce la differenza tra il valore dell'autoveicolo prima dell'incidente ed il valore dopo l'incidente, ed è tecnico, inerente, cioè, alla svalutazione obiettiva, e commerciale, vale a dire, in relazione al minor prezzo che può conseguirsi sul mercato in caso di vendita dopo l'incidente. Il deprezzamento tecnico è inesistente quando la riparazione avviene mediante la sostituzione dei pezzi danneggiati, mentre il deprezzamento commerciale non può essere ammesso quando l'autoveicolo, in considerazione del tipo, sia poco ricercato nel mercato delle macchine usate. Nella presente fattispecie non vi è deprezzamento**

tecnico, in quanto le parti danneggiate sono state sostituite, né deprezzamento commerciale, in quanto si tratta di autovettura non presente nel mercato italiano.

7. In merito ai danni alla persona (contusioni e mancato guadagno), si osserva che costituiscono componenti del danno risarcibile il rimborso delle spese esclusivamente sostenute e da sostenersi in conseguenza delle lesioni subite nel momento del sinistro, ed il lucro cessante che - come detto - deve essere positivamente dimostrato, e quindi il danneggiato deve fornire al giudicante gli elementi probatori necessari al fine di determinare la somma da corrispondere a titolo di risarcimento del mancato guadagno.

Altra componente del danno è il c.d. danno alla salute, vale a dire il danno alla integrità fisica e alla salute considerato autonomamente, e quindi indipendentemente dalle capacità della vittima di produrre reddito (si sostiene, al riguardo, che il principio al quale occorre attenersi è che “il danno cosiddetto biologico deve essere considerato risarcibile ancorché non incidente sulla capacità a produrre reddito, ed anzi indipendentemente da quest’ultimo, le cui menomazioni vanno indipendentemente risarcite”: G. ALPA, *Il danno biologico*, Padova, Cedam, 1987, p. 4). **La risarcibilità del c.d. danno biologico nell’ordinamento sammarinese è stata affermata da alcune recenti pronunce giurisprudenziali** (si vedano le sentenze del Commissario della Legge in data 4 gennaio 1991 nella causa civile n. 68 dell’anno 1989 e in data 11 marzo 1991 nella causa civile n. 43 dell’anno 1986), **le quali hanno risolto in senso positivo la questione della “patrimonialità” di tale danno, affermando il principio che a tale titolo deve essere liquidata una somma autonomamente da quella riconosciuta a titolo di danno morale.**

**Infine, vi è il danno morale, e cioè “l’offesa e il dolore subiettivo”, nella liquidazione del quale “deve farsi riferimento alla sentimentalità del tipo normale, più che alla sentimentalità, che può essere anche morbosa, del danneggiato; agli effetti morali che sogliono verificarsi, secondo l’*id quod plerumque accidit*, dell’atto illecito in quel determinato caso. Deve aversi riguardo alla entità dell’offesa, alle conseguenze che essa ha arrecato al danneggiato, alle condizioni di persona, di famiglia e di cittadino [...] Deve, quindi, procedere *arbitratu boni viri* e con quei criteri di estimazione presuntiva che sono dettati dalla pratica della vita e dalla comune esperienza, cercando di attribuire al danneggiato una somma di denaro la quale valga a procurargli una somma di utilità materiali approssimativamente idonee a compensare l’entità delle sofferenze morali subite”** (sentenza del Commissario della Legge in data 14 marzo 1935, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 34 ss.).

A prova del danno alla persona sofferto è stato prodotto in atti un certificato medico in data 30 marzo 1990 dal quale risulta che l’attore ha subito un trauma cranico, con parestesia emicrania sinistro e ipoacusia di possibile natura traumatica. Non risulta, peraltro, alcuna invalidità temporanea, né permanente, che sarebbe potuta emergere da apposita perizia.

Tenuto conto, comunque, che è stata fornita la prova del danno alla persona e che non è stato posto in discussione dalla procura convenuta il nesso eziologico tra il danno stesso ed il sinistro, si ritiene di liquidare, in via equitativa, e considerate tutte le componenti del danno sopra richiamate, la somma di L. 1.000.000= quale danno alla persona.

8. In definitiva, deve essere liquidata la somma complessiva di L. 15.549.741= a titolo di risarcimento dei danni subiti dall’attore in conseguenza del sinistro. Tenuto conto del riconosciuto concorso di responsabilità dell’attore nella produzione dell’incidente, pari al

20%, la somma da liquidarsi in favore dell'attore è pari alla somma complessiva di L. 12.439.793=.

Tale somma deve essere rivalutata sulla base degli indici forniti dall'ISTAT.

**Le obbligazioni nascenti da fatto illecito configurano un debito di valore, nel senso che fino al momento della liquidazione, la somma dovuta non è fissa nel suo ammontare numerico, ma variabile, in quanto tale somma di denaro non è dovuta come un bene a sé, bensì come valore di un altro bene.**

**Solo con la liquidazione - effettuata dal giudicante considerando il valore, in quel momento, del bene - il debito diventa di valuta, e, come tale, è soggetto al principio nominalistico proprio delle obbligazioni pecuniarie.** E' il giudicante, pertanto, che al momento della liquidazione deve tenere conto della svalutazione monetaria verificatasi dall'evento dannoso al pagamento. In altre parole, **l'obbligazione *ex delicto* ha per oggetto un *quid* che deve reintegrare in toto il patrimonio del danneggiato, con la conseguenza che, qualora si sia verificata tra il momento della produzione del danno e quello della sua liquidazione giudiziale definitiva, una diminuzione del potere d'acquisto della moneta, il giudice deve tenere conto di tale sopravvenuta svalutazione, al fine di rendere operante l'effetto riparatorio della condanna.**

Tenuto conto che dal marzo 1990 al luglio 1992 "l'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati *Costo vita* calcolato dall'ISTAT" ha registrato una variazione in aumento del 14,08%, deve essere liquidata a favore dell'attore la somma complessiva di L. 14.191.314=.

Considerato che in corso di causa la compagnia di Assicurazioni Il Duomo, con la quale il convenuto ha stipulato il contratto di assicurazione per i danni arrecati dall'autocarro *de quo*, ha provveduto a versare all'attore la somma di L. 6.000.000=, il convenuto deve essere condannato al pagamento in favore dell'attore della somma di L. 8.191.314=.

9. Sulla somma liquidata a titolo di risarcimento del danno vanno riconosciuti gli interessi al tasso legale dalla data del fatto illecito (6 marzo 1990) all'effettivo soddisfo. Tali interessi, come è noto, sono rivolti a compensare il pregiudizio derivante al danneggiato creditore dal ritardato conseguimento dell'equivalente pecuniario del danno subito e quindi costituiscono una componente del danno stesso, con la conseguenza che sono dovuti dal giorno in cui questo ebbe a prodursi. Tali interessi vanno calcolati sulla somma di L. 14.191.314= fino al 14 aprile 1991 (data in cui la procura attrice conferma in atti l'avvenuto invio dell'assegno di L. 6.000.000=), e sulla somma di L. 8.191.314=, dal 15 aprile 1991 all'effettivo soddisfo.

10. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che si liquidano in complessive L. 2.609.000= fino alla presente sentenza, vanno posti a carico della parte convenuta perché soccombente, sulla base del principio di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

## 77.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 16 settembre 1992.

C.S.L. e C.S.A. (Avv.ti V. e P. Reffi) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv.ti G.B. Busignani e L. Daniele) – Causa n. 153, anno 1990.

**Cittadinanza sammarinese per origine – Minore – Adozione da cittadino straniero – Mantenimento – Consuetudine.**

*La perdita della cittadinanza sammarinese, in ragione di una intervenuta adozione da parte di cittadino straniero, non è contemplata dall'ordinamento sammarinese, in quanto integra gli estremi della creazione di una deterior condicio che deve invece essere espressamente prevista.*

*Soltanto le consuetudini “degne di piena approvazione”, cioè quelle che hanno ottenuto socialmente la laudatio, hanno valore di legge e sono considerate come fonti sussidiarie di diritto. Esse devono essere rigorosamente provate.*

---

(omissis)

**78.**

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 18 settembre 1992.

Bocedi Giorgio (estromesso nel corso del giudizio), Cavazza Graziella (Avv.ti P. Reffi e G.L. Berti) : Mazza Lambertino (Avv. A.S. Belluzzi) – Causa n. 239, anno 1985.

**Vendita – Patto di riscatto – Nullità.**

*La vendita accompagnata dal patto di riscatto è considerata come fatta sotto condizione risolutiva; la condizione consiste nell'esercizio della facoltà che il venditore si è riservato di riacquistare la cosa venduta; essa è quindi potestativa.*

---

**FATTO E DIRITTO**

Con istanza avanzata il 14 ottobre 1985 il signor Boccedi Giorgio espose:

- 1) in forza di due distinti contratti il dott. Fini Nello, cittadino italiano residente in Bologna, ebbe a cedere al signor Mazza Lambertino il cinquanta per cento del pacchetto azionario della S.A. Credito Industriale Sammarinese, con sede in Serravalle di questa Repubblica;
- 2) con il primo dei contratti, relativo al venticinque per cento delle azioni, il dott. Fini si riservò la facoltà di riscattare la quota azionaria ceduta, restituendo il prezzo di £. 700.000.000= pattuito per la vendita, oltre agli interessi maturati dal 10 aprile 1983 al giorno del riscatto;
- 3) con il secondo dei contratti, relativo al restante venticinque per cento delle azioni, ceduto per il medesimo prezzo di £. 700.000.000=, l'acquirente signor Mazza si obbligò di corrispondere al dottor Fini oppure alla S.p.a. Pilla un mutuo di £. 10.000.000.000=;

4) il dottor Fini più volte espresse l'intenzione di voler riscattare il venticinque per cento del pacchetto azionario della S.A. Credito Industriale Sammarinese, senza ricevere dal Mazza alcuna risposta;

5) il Mazza, nonostante i solleciti, non provvide ad erogare il mutuo che avrebbe dovuto concedere in forza del secondo contratto;

6) con contratto stipulato in San Marino in data 11 ottobre 1985 il dottor Fini Nello cedette all'istante signor Boccedi Giorgio tutti i diritti derivanti a qualunque titolo dai menzionati contratti stipulati con il signor Mazza Lamberto.

Quanto sopra esposto, il signor Boccedi Giorgio convenne avanti a questo Tribunale il signor Mazza Lamberto per ivi sentire:

1) dichiarare tempestivamente esercitato da parte del dottor Fini Nello il diritto di riscatto del venticinque per cento del pacchetto azionario della S.A. Credito Industriale Sammarinese e conseguentemente condannare il convenuto a dar corso al riscatto in favore dell'attore Boccedi;

2) dichiarare risolto il secondo contratto di compravendita del venticinque per cento del pacchetto azionario e conseguentemente condannare il convenuto a restituire all'attore le azioni cedute al dottor Fini;

3) condannare il convenuto a risarcire all'attore tutti i danni subiti dal dottor Fini a seguito delle inadempienze contrattuali, con la vittoria delle spese e degli onorari del giudizio.

Richiese inoltre l'attore di autorizzare il sequestro conservativo delle azioni costituenti il cinquanta per cento del pacchetto azionario della S.A. Credito Industriale Sammarinese.

Citazione e sequestro vennero autorizzati. Il sequestro tuttavia non ebbe esecuzione poiché il dottor Farina Alberto, direttore dell'Istituto di credito, testualmente dichiarò: "le azioni citate non sono presso la nostra banca".

Costituitosi in giudizio il convenuto, a mezzo di comparsa nell'udienza del 30 novembre 1988 l'attore Boccedi dichiarò di aver ceduto alla signora Cavazza Graziella tutti i diritti da lui stesso a suo tempo acquistati dal dottor Fini e da questi vantati nei confronti del convenuto Mazza Lamberto. Nella stessa udienza la signora Cavazza si costituì quale attrice in giudizio. Pertanto, con decreto 9 gennaio 1989 il signor Boccedi Giorgio venne definitivamente estromesso dal giudizio, che fu proseguito dalla signora Cavazza.

Trascorso il termine ad allegare, nell'udienza del 30 gennaio 1992 i procuratori delle parti sono addivenuti alla irrotulazione della causa ed hanno prodotto le memorie conclusionali, con le quali ovviamente sostengono le rispettive ed opposte tesi.

(omissis)

Eccepisce in secondo luogo il procuratore del convenuto la liceità, la legittimità, il giuridico fondamento del contratto stipulato in data 11 ottobre 1985 con il quale il Fini ha ceduto al Boccedi tutti i diritti che il primo potesse vantare nei confronti del convenuto Mazza. L'eccezione è da respingere poiché la cessione appare legittima e regolare. Sussiste assoluto divieto della disponibilità di diritti e di beni compresi in una futura eredità. Pienamente valida è la cessione delle liti, dei più che tempestiva, nel corso del giudizio, di sollevare ogni eccezione nei confronti della signora Cavazza, ma con ogni evidenza, vi rinunciò. Avanti al Pretore di Bologna, all'udienza del 22 gennaio 1990 fissata per l'escussione del teste dottor Morselli, comparvero personalmente l'avvocato Belluzzi unitamente al suo assistito Mazza Lamberto, la signora Cavazza Graziella, assistita dall'avvocato Reffi Paolo, unitamente al dottor Fini Nello munito di procura speciale notarile a lui rilasciata dalla Cavazza stessa.

Sostiene il Giannini (Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, seconda edizione 1967, pag. 180): “La nullità è governata dai principi del diritto comune in quanto vi sia stata violazione dei canoni fondamentali del diritto giudiziario. Quindi **vi ha nullità di procedura e di sentenza se il giudice era incompetente per materia o per territorio, se era sprovvisto di giurisdizione per essere comunque spirato il tempo del suo ufficio, se il contraddittorio non fu sostanzialmente rispettato e quindi se ogni parte non fu posta nella possibilità di fare sentire le proprie ragioni, se non fu legalmente rappresentata, perché incapace o per mandato difettoso ... Non vi sono regole speciali; si deve quindi decidere per ogni caso in conformità dei principi. E’ regola non meno essenziale che la inosservanza dei termini e delle forme dà luogo a pene a carico del procuratore, del Cancelliere ed eventualmente del Giudice, non già a nullità, eccetto che non sia violato irrimediabilmente il contraddittorio. Quando lo scopo principale è raggiunto, quando l’atto si può ripetere o quando in qualunque altro modo si può riparare alla omissione, il Giudice non deve dichiarare la nullità ma provvedere secondo il suo prudente arbitrio ...** Se una notifica non fu fatta, ma appare dagli atti che la parte a cui doveva significarsi l’atto ne ebbe in qualunque modo cognizione, non può trarsene motivo di nullità”.

Come già si è detto, l’esame del teste dottor Morselli è avvenuto per rogatoria avanti all’Autorità Giudiziaria italiana. Gli atti relativi ed un documento esibito al teste nel corso dell’esame testimoniale, sono stati prodotti senza essere regolarizzati con il bollo prescritto e senza la prescritta registrazione. Lungamente i procuratori delle parti hanno discusso in corso di causa su quale delle parti stesse dovesse gravare il non indifferente onere finanziario del bollo e del registro. La discussione era ed è perfettamente inutile.

**I testi indotti, una volta ammessi, divengono comuni alle parti, tanto che per la rinuncia al loro esame è necessario il consenso di tutte le parti in causa.** Nella fattispecie il teste Morselli era particolarmente comune alle parti in causa poiché: una prima volta venne ammesso con decreto 19 febbraio 1986 per essere esaminato sui capitoli di prova dedotti dalla parte attrice con istanza avanzata il 28 novembre 1985; venne ammesso una seconda volta con decreto 12 ottobre 1988 sui capitoli di prova dedotti dalla parte convenuta con istanza del 31 marzo 1988.

Pertanto della testimonianza del dottor Morselli e del documento allegato il giudicante non può tener conto, per l’esplicito divieto contenuto nelle disposizioni dell’articolo 59 della legge 29 ottobre 1981, n.85 e nell’articolo 15 della legge 29 ottobre 1981, n.86.

Non può esser posto in dubbio il fatto, certo e provato, che il 10 aprile 1983 il dottor Fini Nello alienò al signor Mazza Lamberto la quota pari al venticinque per cento del pacchetto azionario della S.A. Credito Industriale Sammarinese. L’esplicita confessione delle parti è contenuta in altra convenzione tra le stesse parti stipulata nella stessa data del 10 aprile 1983 (ritualmente prodotta, in regola con il bollo e registrata il 6 febbraio 1986 al n. 381 del Vol. 186 del Registro di formalità). Alla convenzione (il cui contenuto qui non interessa) le parti testualmente premisero: “in data odierna il dottor Nello Fini ha venduto al cavalier Lamberto Mazza che ha accettato ed acquistato numero 200.000 (duecentomila) azioni del Credito Industriale Sammarinese, società anonima con sede in Serravalle di Repubblica di San Marino, del valore nominale di lire cinquecento per ogni azione, pari al 25 per cento dell’intero capitale sociale”. La stipulazione ebbe effettiva esecuzione, come è dimostrato dal fatto che due giorni dopo e precisamente il 12 aprile 1983 il convenuto Mazza Lamberto (come ha testimoniato il dottor Farina Alberto)

depositò presso il Credito Industriale Sammarinese numero quattrocentomila azioni rappresentanti il cinquanta per cento del capitale sociale di detta società.

Non è superfluo ricordare che, **nel diritto comune, soltanto se le parti abbiano convenuto di redigere per iscritto il loro concreto negozio di vendita (forma scritta convenzionale, non legale), la vendita, secondo la riforma giustiniana attuata con la celebre costituzione “Contractus” (C. 4, 21, 17), non ha efficacia vincolativa se non quando il relativo strumento sia stato redatto. In ogni altro caso la scrittura non è “ad substantiam”, ma “ad probationem”, vale a dire che è diretta unicamente a documentare la vendita già conclusa e perfetta con il consenso delle parti sulla cosa e sul prezzo.**

La facoltà di riscatto delle azioni concessa al Fini, da esercitarsi entro il termine di due anni, è esplicitamente ammessa dal convenuto nella lettera prodotta in atti, inviata dal Mazza al Fini il 20 dicembre 1984 in cui il Mazza si premura di avvertire il Fini, quasi irridendolo, che il nuovo regime fiscale che andrà in vigore dal 1° gennaio 1985 graverà “sulla operazione eventuale di riscatto che tu potresti esercitare entro il 30 aprile 1985”. Si è detto “irridendolo”, poiché tutto dimostra che il Mazza ebbe sempre la sicura certezza che il Fini entro il termine stabilito non avrebbe avuto le possibilità economiche e finanziarie necessarie per procedere al riscatto delle azioni. Il procuratore del convenuto, nella memoria conclusionale, afferma che la facoltà di riscatto venne concessa al Fini “perché non si potesse dire che la cessione non fosse avvenuta per libera volontà e scelta del Fini stesso”.

Si perviene infine al punto cruciale della causa: occorre decidere se il dottor Nello Fini abbia efficacemente e legittimamente esercitato il diritto di riscatto delle azioni mediante il semplice telegramma inviato al Mazza il 15 dicembre 1984 (relativo al solo venticinque per cento delle azioni Cis non ritenendo di avere “ceduto altre azioni Cis perché non hai rispettato i patti stabiliti”), l’altro telegramma del 10 aprile 1985 e la lettera sempre inviata al Mazza il 22 dicembre 1984.

Il diritto romano conobbe il patto di riscatto, come è provato dalle leggi del Codice e del Digesto (Cod. de pactis inter empt., 4, 54, 2 e 7; Dig. de praescri. verb., 19, 5, 12). Ma non è nel diritto romano che tale istituto ebbe ampio svolgimento; il suo maggior sviluppo lo ebbe nel diritto comune, per la possibilità di ottenere con la compravendita alla quale tale patto veniva apposto (compravendita non proibita dal diritto canonico) gli stessi effetti economici ottenibili mediante il mutuo con garanzia ipotecaria, con il vantaggio di non dovere affrontare la procedura di cognizione e di esecuzione per ottenere il soddisfacimento del proprio credito. Tale patto venne poi recepito nelle moderne codificazioni.

*E’ pacifico in dottrina che con il patto di riscatto (“pactum de retrovendendo”) si conviene che il venditore, da un lato, ha la facoltà di riprendere la cosa venduta mediante la restituzione del prezzo capitale, il rimborso degli interessi, delle spese e di qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita, per le riparazioni necessarie e per quelle che hanno aumentato il valore della cosa medesima; il compratore, dall’altro, assume l’obbligo corrispondente a questa facoltà.*

*Il diritto che deriva dal patto di riscatto al venditore è personale, come personale è l’obbligazione che assume il compratore di restituire la cosa al venditore, quando questi intenda esercitare il suo diritto e compia le attività imposte affinché tale esercizio avvenga efficacemente.*



*La vendita accompagnata da questo patto è considerata come fatta sotto condizione risolutiva; la condizione consiste nell'esercizio della facoltà di riacquistare che si è riservata il venditore, ed essa quindi è potestativa.*

*Questa vendita non va confusa con il contratto di mutuo garantito da pegno; la prima è, per l'appunto, un contratto di vendita generante gli obblighi ed i diritti propri di questo contratto, né muta la sua natura per essere accompagnata dal patto di riscatto; il mutuo con pegno, d'altra parte, non cessa di essere un contratto di mutuo per il fatto di essere accompagnato dalla garanzia reale. Ne consegue che, mentre la persona che si è procurato il denaro vendendo con patto di riscatto, ha l'obbligo di trasferire la proprietà della cosa venduta al compratore ed il diritto di recuperare la cosa restituendo il prezzo e le altre spese fatte dal compratore, la persona che si è procurato il denaro prendendolo a mutuo e dando in pegno una cosa di sua proprietà, ha l'obbligo di restituire la somma di giunta e conserva la proprietà della cosa data in pegno.*

*D'altra parte, mentre la persona che ha dato denaro comprando con patto di riscatto, ha diritto di avere la proprietà della cosa comprata e l'obbligo di restituire la cosa medesima al venditore, se e quando esercita il diritto di riscatto, la persona che ha dato denaro in seguito a contratto di mutuo garantito da pegno, ha il diritto di riavere la somma che ha dato (e non la proprietà della cosa datagli in pegno) e può ottenerla non solo sul valore della cosa datagli in pegno, ma altresì su quello di tutti i beni che compongono il patrimonio del mutuatario.*

*Pertanto i rapporti che derivano dalla vendita con patto di riscatto e dal contratto di mutuo con pegno sono assolutamente diversi; ciò non ostante può avvenire ed anzi spesso avviene (e la fattispecie ne è prova esemplare) che una vendita con patto di riscatto serva a dissimulare un contratto di mutuo con pegno accompagnato da patto commissorio e quindi abbia essenzialmente lo scopo di eludere la proibizione del patto commissorio, accessorio al contratto di pegno.*

*Certo è che la vendita con patto di riscatto è spesso, se non sempre, un contratto a cui si ricorre a causa del bisogno estremo ed urgente di denaro e che riesce disastroso per il venditore (e, può ripetersi, come il caso di specie dimostra).*

*Colui che si rassegna al passo estremo e doloroso della vendita col patto di riscatto spera di potersi procurare, entro il termine prescritto dal contratto, i fondi necessari per rimborsare il prezzo di vendita e rientrare così nella proprietà del suo bene. Il compratore, al contrario, ed il più delle volte la realtà gli dà ragione, spera che il termine fatale spirerà senza che il venditore abbia potuto effettuare il rimborso, cosicchè la vendita diverrà irrevocabile; egli specula così sullo stato di necessità del proprietario, in generale comprando il bene al di sotto del suo valore. Può aggiungersi inoltre che il venditore si induce facilmente ad abbassare il prezzo ed a cedere i suoi beni per somme inadeguate, illuso dalla speranza di potere recuperare i beni medesimi.*

*Sempre la dottrina pone nel dovuto risalto che il patto di riscatto non deve confondersi con la promessa di rivendita, la quale deve ritenersi ammissibile come una qualunque promessa di vendere, poichè mentre il patto di riscatto rende la vendita a cui accede sottoposta a condizione risolutiva, la promessa di rivendita costituisce un contratto a sè stante, anche se viene stipulata insieme con la vendita e non vale a far considerare questa come sottoposta a condizione risolutiva.*

*Se dunque il diritto di riscatto consiste nel potere di riassumere la proprietà della cosa venduta, mediante una unilaterale manifestazione di volontà, accompagnata dalla restituzione o dall'offerta di restituzione del prezzo e dal rimborso o dall'offerta del*

rimborso di ogni altro accessorio, risulta facilmente il modo in cui deve essere esercitato il diritto medesimo.

E' chiaro infatti che per conseguire lo scopo a cui tende il diritto di riscatto è necessario:

1) manifestare la volontà di riassumere la proprietà della cosa venduta, restituendo il prezzo e rimborsando le spese;

2) pagare effettivamente od offrire di pagare il prezzo e le spese.

Poiché si tratta dell'esercizio "dell'azione di riscatto", l'esercizio del diritto non può essere che giudiziale.

Per gli importanti effetti della manifestazione della volontà di riscattare e per l'interesse di precisare il momento in cui avviene, in modo da evitare contestazioni e incertezze, essa va fatta per atto notificato tramite l'autorità giudiziaria. In questo atto deve essere contenuta anche la dichiarazione che il venditore è pronto a restituire il prezzo ed a pagare importo delle spese che è tenuto a rimborsare.

E' indispensabile poi che sia fatta l'offerta reale di queste somme; la persona verso cui viene esercitato il diritto di riscatto ha tutto l'interesse di evitare il ritorno della proprietà nel riscattante e quindi l'offerta reale è una vera e propria necessità.

Tutto ciò per due ordini di validi motivi:

1) la condizione potestativa non si riduce alla pura e semplice dichiarazione della volontà del venditore, ma tale dichiarazione è condizionata dall'essere pronto a restituire quanto egli ebbe dal compratore;

2) l'offerta reale costituisce una condizione dell'efficacia della manifestazione di riscatto, poiché un'offerta, come quella reale, ha la funzione caratteristica di tenere il luogo del pagamento. Non può che concludersi che per l'efficace esercizio del diritto di riscatto non è sufficiente che sia fatta, insieme con la manifestazione della volontà di riscattare, la mera, pura e semplice offerta di pagare il prezzo e l'importo delle spese rimborsabili. A tale pura e semplice offerta si limitò il dottor Fini ed egli pertanto non esercitò efficacemente e validamente il diritto di riscatto.

Sono, ancora una volta e come sempre, gli stessi, identici principi del diritto romano comune:

*"venditor cui pactum redimendi intra certum tempus competit, emptori denunciando jus redimendi, obsignando et deponendo pretium, rem recuperat"; "licentiam ei concedimus (all'enfiteuta), attestatione praemissa, pecunias offerre, hisque obsignatis et secundum legem depositis, minime deiectionis timere periculum"* (Leg. 2 in fine Cod. de jure emphyt., 4, 66).

In merito alle spese di causa è più che opportuno riportarsi all'interpretazione consolidata delle norme contenute nella rub. XXXII del libro secondo delle *Leges Statutae*: Il Giudice, pronunciando sulle spese, non deve in ogni caso addossarle al soccombente. Se la regola è, e non soltanto nel diritto sammarinese, che la soccombenza nella lite porti con sé la condanna del soccombente alle spese, non è detto che non vi siano eccezioni. Il diritto comune le enunciò in elenchi certamente non tassativi, dei quali tuttavia è possibile ricavare una "regula", giusta la quale la compensazione totale o parziale delle spese può essere pronunciata tutte le volte che ricorra una giusta causa (fatti che dimostrino la buona fede del litigante, l'opinabilità della questione nella dottrina e nella giurisprudenza e così di seguito) alla quale si può ricondurre la "legitima litigandi causa" del testo statutario.

Nel caso di specie la parte attrice aveva più di una legittima ragione di intraprendere il giudizio e pertanto le spese si dichiarano interamente compensate tra le parti in causa.

### 79.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 21 settembre 1992.

Mazza Claudio (Avv. G.L. Berti) : Savelli Giuliana (Avv. L. Mazza) – Causa n. 79, anno 1988.

#### **Proprietà – Accessorio per natura o per fatto dell'uomo.**

*L'accessorietà è determinata dalla natura o costituita dalla volontà dell'uomo.*

*Sono accessorie per natura le cose che non possono essere se non congiunte ad un'altra cosa, la quale, al contrario, può esistere da sola.*

*Il fatto dell'uomo può rendere accessorie le cose che per natura non lo sono, destinandole ad uso permanente di un'altra cosa.*

---

#### FATTO E DIRITTO

Con istanza avanzata il 23 marzo 1988 il geom. Mazza Claudio espose:

1) con sentenza di primo grado, passata in giudicato, emessa il 25 maggio 1987 nella causa civile ordinaria n.27 dell'anno 1986 venne omologato il concordato proposto ai propri creditori dal signor Bindi Iserio, in proprio e quale titolare della ditta M.B.M.;

2) l'approvato concordato, tra l'altro, prevedeva il versamento da parte dell'istante della somma di £. 320.000.000= con conseguente cessione al Mazza "del fabbricato ad uso di civile abitazione, sito in Acquaviva, intestato per metà ciascuno ai coniugi Bindi Iserio e Savelli Giuliana";

3) per materiale errore nella sentenza di omologazione del concordato venne omessa l'assegnazione all'istante della parte di agiamento del fabbricato contraddistinta dal numero 269 di mappa, catastalmente intestata alla sola signora Savelli Giuliana;

4) nonostante le reiterate richieste, la signora Savelli si rifiutò sempre di dar corso al trasferimento in favore dell'istante Mazza della parte di terreno indicato al descritto mappale n.269 del foglio 17;

5) l'istante si trovò pertanto costretto ad adire le vie giudiziarie.

Quanto sopra esposto, il geom. Mazza Claudio convenne avanti a questo Tribunale la signora Savelli Giuliana per sentirle ordinare di procedere al trasferimento in favore dell'attore della specificata particella di terreno. Richiese inoltre l'attore di diffidare la convenuta di disporre dell'immobile di cui si trattava, con annotamento della diffida negli atti dei registri immobiliari.

Citazione, diffida ed annotamento vennero autorizzati.

Nell'udienza all'uopo fissata l'attore riprodusse l'istanza introduttiva del giudizio.

La convenuta si costituì e si oppose fermamente all'istanza attrice, definendola completamente infondata e giustamente, poiché può anticiparsi che tale è e come tale va dichiarata e respinta.

Alla motivazione della decisione è più che doveroso premettere una considerazione. E' escluso nel modo più assoluto che la signora Savelli avesse il benchè minimo interesse o partecipazione nell'attività commerciale svolta dal marito Bindi Iserio. Ogni sacrificio patrimoniale e finanziario venne pertanto affrontato dalla signora Savelli unicamente per dedizione alla famiglia, per "affectio coniugalis", nell'intento di evitare al marito la più rovinosa e disonorevole procedura del concorso giudiziale dei creditori.

E' inoltre opportuno porre immediatamente nel dovuto rilievo i dati emergenti dalla documentazione catastale:

1) nel catasto dei fabbricati, alla partita n.5763, al tempo dei fatti di cui è causa, i coniugi Bindi Iserio e Savelli Giuliana figuravano proprietari pro indiviso nella quota di un mezzo per ciascuno dell'immobile sito in Acquaviva distinto al foglio di mappa n.17 col numero 216, sub 1, cat. A/2, classe 5 v.u. 14 e n.216 sub 2, cat. C/4, classe 7 di mq. 53; l'appezzamento di terreno, costituito dalla particella edilizia di mq. 3480 venne acquistato dai coniugi con pubblico atto del 5 maggio 1978; l'edificio su di essa costruito venne allibrato a catasto il 29 febbraio 1980;

2) nel catasto dei terreni, alla partita n.350, la signora Savelli Giuliana figura unica proprietaria dell'appezzamento di terreno, sito in Acquaviva, distinto al foglio di mappa n.17 con il n.269, classificato seminativo arborato, della superficie di mq. 630; l'immobile venne acquistato dalla signora Savelli con pubblico atto rogato dal notaio avvocato Nicolini Marino il 23 ottobre 1972 e quindi separatamente ed antecedentemente all'acquisto dell'immobile in comunione con il marito.

La sentenza 25 maggio 1987, con la quale è stato omologato il concordato proposto da Bindi Iserio, non è viziata da errore, non è incorsa in essa alcuna materiale omissione. Il Commissario della Legge emise la decisione in base alle dichiarazioni delle parti interessate e dei documenti prodotti, dichiarazioni e documenti nei quali l'esistenza di proprietà separata e distinta della signora Savelli è addirittura ignorata e sconosciuta.

Si consideri infatti:

1) con scrittura privata stipulata e sottoscritta il 30 dicembre 1985 tra Bindi Iserio, Savelli Giuliana, Mazza Claudio, Cesarini Ivo, Balsimelli Daniele, Andreini Umberto, Paolini Erio ai fini della presentazione della proposta di concordato, si convenne (tra altre clausole che qui non interessano) "l'acquisto del fabbricato ad uso civile abitazione ... con terreno circostante da parte del signor Mazza Claudio al prezzo di £. 320.000.000= ... a copertura delle ulteriori passività ... ammontante a £. 33.709.686= interviene la signora Savelli Giuliana in proprio al fine di evitare la procedura fallimentare a carico del marito ... la signora Savelli Giuliana, moglie di Bindi Iserio, sia d'accordo ad espletare codesta procedura e metta a disposizione degli acquirenti garanti del marito il mezzo del fabbricato di sua proprietà come sopra descritto".

2) nella definitiva proposta di concordato avanzata il 24 settembre 1986 il debitore Bindi Iserio espose: "la signora Savelli Giuliana si è obbligata a cedere il mezzo indiviso del fabbricato ad uso civile abitazione che aveva in comproprietà con il signor Bindi Iserio; il signor Mazza Claudio si è obbligato ad acquistare detto fabbricato sito in Acquaviva di questa Repubblica in via II Gualdaria n.47 R.S.M. al prezzo complessivo di £. 320.000.000= (trecentoventimilioni) ... la signora Savelli Giuliana si è obbligata a

versare la somma di £. 33.709.686 (trentatremilionisettecentonovemilaseicentottantasei) in cambio della merce di proprietà della M.B.M. e dei crediti dalla stessa vantati”;

3) il ragioniere Reggini Gian Luigi, procuratore della procedura, nella conclusiva relazione del 20 ottobre 1986 espresse parere favorevole all'accoglimento della proposta di concordato anche e soprattutto in considerazione dell'offerta avanzata dal signor Mazza Claudio di acquistare l'immobile ad uso di civile abitazione di proprietà di Bindi Iserio e della consorte Savelli Giuliana “in ragione del cinquanta per cento ciascuno”; dell'obbligo assunto dalla signora Savelli “di cedere il proprio mezzo indiviso del fabbricato ad uso civile abitazione”; dell'obbligo assunto “dalla signora Savelli a versare la somma di £. 33.709.686= in cambio della merce di proprietà della ditta M.B.M. e dei crediti dalla stessa vantati”;

4) in definitiva, la decisione emessa il 25 maggio 1987 non poteva che disporre la cessione al signor Mazza Claudio “del fabbricato ad uso di civile abitazione, sito in Acquaviva, intestato per metà ciascuno ai coniugi Bindi Iserio e Savelli Giuliana”.

Nella testimonianza resa nella presente causa nell'udienza dell'11 gennaio 1990 l'avvocato Bacciocchi Livio ha dichiarato: “la signora Savelli Giuliana si obbligò con scrittura privata a cedere la sua metà di fabbricato della quale era contitolare con il marito al signor Mazza Claudio e si obbligò altresì a versare una certa somma di denaro, che mi pare ammontasse a circa £. 30.000.000= al concordato. Ricordo che in più di una occasione si parlò delle altre proprietà che la signora Savelli risultava avere e possedere e più precisamente autovettura Fiat Panda, la proprietà di appartamento nella provincia di Pesaro e una piccola area di terreno che era circostante il fabbricato la cui metà era già stata ceduta al signor Mazza Claudio... è certo che la piccola area di terreno era esclusa dalla vendita in quanto la stessa doveva servire da garanzia, come poi è accaduto, per la Cassa Rurale di Faetano al fine di consentire alla stessa l'erogazione delle somme necessarie per consentire alla signora Savelli il deposito della somma sopra indicata in favore del concordato. Preciso ancora che non si ebbe mai a parlare di cessione dei beni della signora Savelli Giuliana, bensì di intervento suo nella procedura, da attuarsi con la cessione della metà del fabbricato e con il deposito della somma di danaro già sopra indicato... in più di una occasione la signora Savelli specificò che il terreno di sua proprietà rimaneva escluso dalla vendita, non posso dire se le parti avevano esatta cognizione di dove si trovasse il terreno. Non è mai stato detto che il terreno di esclusiva proprietà della signora Savelli rientrava nella vendita del fabbricato; nella scrittura privata che fu stipulata con tutti i garanti, nella successiva proposta di concordato si parla sempre della cessione di un mezzo del fabbricato; debbo specificare fra l'altro che il fabbricato e la sua corte pertinenziale sono distinti a catasto fabbricati da un numero di partita diverso da quello dell'area di terreno che è distinta a catasto terreni. Non mi pare che si fece mai discorso dei beni da escludere, bensì di quello da includere”.

Se altri, compreso l'attore, non ebbero le idee chiare al pari del teste avvocato Bacciocchi, se agirono, come in effetti avvenne, con leggerezza, superficialità ed arroganza, tutto ciò non può costituire motivo e ragione di danno per la convenuta.

L'avvocato Albertini Walter, che tutelò gli interessi di altri creditori del Bindi, premesso che in sede di concordato non si trattò mai della cessione di due proprietà distinte ma sempre di un fabbricato “il cui agiamento era stato recintato”, dichiarò tuttavia di essersi accorto dell'esistenza di due proprietà distinte solamente dopo la conclusione del concordato non avendo esaminato le planimetrie tecniche individuanti le due proprietà.

Escusso in qualità di teste il 12 dicembre 1988 il rag. Reggini, procuratore della procedura di concordato, ha affermato: “ero a conoscenza, come molti dei creditori, dell’esistenza di un terreno adiacente all’abitazione di Savelli Giuliana e Bindi Iserio di proprietà della signora Savelli Giuliana ... ho considerato il terreno recintato facente parte dell’abitazione ... la signora Savelli in presenza di alcuni creditori aveva manifestato la volontà di non cedere il terreno di sua esclusiva proprietà ... il motivo che mi portò a chiedere al signor Bindi Iserio l’ubicazione esatta del terreno oggetto della contestazione è quello esposto e che nella proposta di concordato non veniva indicato con chiarezza e cioè il bene oggetto di cessione”.

(omissis)

Si perviene così all’esame ed alla decisione del tanto sbandierato argomento, ritenuto decisivo, della mancanza di recinzione tra le due proprietà.

E’ subito a dirsi, sul piano concreto, che la pretesa che debba esistere una recinzione od altro visibile segno di separazione tra due proprietà distinte ma appartenenti a coniugi appare quanto meno ridicola.

**Sul piano giuridico, l’accessorietà, nel caso di specie di immobili, è determinata dalla natura o costituita dalla volontà dell’uomo.**

**Sono accessorie per natura quelle cose che non possono esistere se non congiunte ad un’altra cosa, la quale potrebbe, al contrario, esistere da sola. L’esempio più banale: le costruzioni e le piantagioni non potrebbero esistere senza il suolo, sul quale sono posate, le une, con le fondamenta, le altre con le radici. Sono quindi, per naturale necessità, accessori di esso e perciò ne seguono sempre le vicende giuridiche.**

**Il fatto dell’uomo può rendere accessorie le cose che per natura non lo sarebbero, destinandole a perpetuo servizio di un’altra cosa. E’ il concetto dell’accessorio per destinazione, elaborato dai giuristi romani. La destinazione a servizio perpetuo, “perpetui usus causa”, non include già l’intenzione di una vera e propria perpetuità, ma solo una collocazione permanente: l’opposto di “perpetuo” non sarebbe qui “temporaneo”, ma solo “precario”; destinazione a perpetuo uso vuol dire appunto “destinazione ad uso permanente e non precario”.**

**Qui il diritto non prescrive regole, se non quella di interpretare la volontà umana.**

Nel caso di specie, deve dichiararsi che non è mai esistita, e tanto meno è stata provata, la manifestazione di volontà della signora Savelli di costituire l’immobile di sua esclusiva proprietà quale accessorio temporaneo o permanente dell’immobile già di proprietà comune dei coniugi Bindi-Savelli.

**Anche nella interpretazione delle convenzioni si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anziché stare al senso letterale delle parole: “melius est sensum magis, quam verba amplecti” e “in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit” (D. 50, 16, 219 – Sentenze di primo grado 5 marzo 1956 e 18 febbraio 1959, in Giur. Samm. 1963, pag. 368 e Giur. Samm. 1964, pag. 173).**

**Soprattutto ed in via principale, ogni clausola contrattuale, ove sia dubbia, va interpretata in sfavore del contraente che la impose “contra eum qui in sui utilitatem eadem adjici curavit, quippe sibi imputare debet, cur apertius legem non dixerit” (Richeri, Universa Jurisprudencia, Venezia 1841, Libro III, titolo XVII, parag. 2721 – Sentenza di primo grado 20 dicembre 1927 in Giur. Samm. 1927, pag. 2).**

Come già si è premesso, l’istanza attrice va totalmente respinta.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a totale carico dell'attore in favore del quale non può essere riconosciuta la benchè minima "legittima litigandi causa".

## 80.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 23 settembre 1992.

Leardini Alfio, Salvatore e Palmiro (Avv. P.L. Bacciocchi) : Tommassoni Lino (Avv. M. Simoncini) – Causa n. 113, anno 1990<sup>88</sup>.

### **Contratto di locazione di azienda – Sublocazione – Opposizione del locatore – Disciplina vincolistica degli immobili – Inapplicabilità.**

*Il contratto di locazione di azienda, finalizzato ad un unico scopo, costituito dal fine economico perseguito dall'imprenditore, non è separabile nelle singole parti, costituite l'una dall'affitto dell'immobile, l'altra dalla gestione della licenza.*

*Colui che ha locato l'azienda può opporsi al contratto di sublocazione della stessa.*

*La disciplina vincolistica degli immobili è inapplicabile alla locazione d'azienda.*

---

## FATTO

Con atto di citazione depositato il 14 settembre 1990 gli attori hanno chiamato avanti questo Tribunale il convenuto per sentire "pronunciare decreto di sfratto ai sensi dell'art. 23 della Legge 15 dicembre 1982, n°. 117 e tutto con vittoria nella spesa di giudizio e onorari legali compresi, verificando che la parte convenuta per suo fatto e colpa non ha adempiuto al contratto di locazione e alla regolare disdetta inviata".

Lamentano gli attori, che con contratto posto in essere il 9 gennaio 1981, registrato il 20 gennaio 1981, al n°. 345, vol. 163 del registro di formalità, hanno dato in locazione al convenuto una porzione di immobile adibita a ristorante, facente parte del complesso del Motel di loro proprietà, sito in Dogana, in Via Consolare, assieme alla licenza già intestata agli attori stessi ed avente per oggetto il bar-ristorante.

Lamentano inoltre gli attori che il convenuto avrebbe stipulato un contratto con tal sig. Roberto Cecchetti "avente per oggetto, con la forma della cessione nel tempo di quote sociali di una non ben identificata società di fatto, sia l'azienda, sia conseguentemente il contratto di locazione immobiliare". In conseguenza, ritenuto decaduto l'accordo per fatto e colpa del convenuto, hanno richiesto la restituzione della azienda.

Costituitosi il convenuto, ha eccepito preliminarmente "l'abnormità del *petitum*", individuato nella richiesta di decadenza, e che comunque gli immobili sono stati utilizzati dal convenuto "in conformità al titolo per cui li aveva ricevuti". Nel merito ha eccepito l'inesistenza di accordi occulti e di aver sempre onorato gli impegni "sia per

---

<sup>88</sup> Riformata con la decisione di secondo grado del 6 giugno 1994; vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 36.

quanto riguarda il rapporto locatizio, sia per quello concernente la gestione di licenza di ristorante e bar”, senza averlo mai ceduto, né trasferito, né sublocato. Conclude pertanto il convenuto chiedendo “la completa reiezione della domanda di parte attrice [...] non ravvisandosi alcun inadempimento contrattuale” e che a lui venga “riconosciuto pieno diritto alla prosecuzione del rapporto di locazione e della connessa gestione di licenza per tutto il tempo stabilito dalle vigenti leggi ed in particolare dalla n. 59 del 28 marzo 1988”. Riservandosi infine la più opportuna azione per il risarcimento dei danni, patrimoniali e morali, il convenuto chiede la condanna degli attori per le spese di giudizio e onorari.

All’udienza del 25 giugno 1990 il procuratore del convenuto ha eccepito che il procuratore dell’attore non ha riprodotto la citazione: sulle contestazioni avversarie il convenuto ha dato atto “di non voler insistere nelle richieste” non opponendosi “a che possa essere considerato superato l’incidente processuale e proseguita la causa”.

Dopo che l’originario procuratore alle liti degli attori ha rinunciato al mandato e dopo la sostituzione con nuovo procuratore, è stata confermata la citazione nell’interesse degli attori.

Aperto il primo termine di prova è stato confermato che tra il convenuto e tal sig. Maurizio Casadei è stata costituita una società di fatto per la gestione dei locali e della licenza dati in locazione al solo convenuto.

Nel secondo termine di prova, all’udienza del 28 febbraio 1991, il convenuto ha depositato assegno di conto corrente per un ammontare di £. 7.378.800= “costituente canone di locazione riferito, secondo il contratto, al primo semestre ‘91”. Di tale somma è stato richiesto e concesso il sequestro “sino al momento in cui gli attori non intenderanno ritirarlo”. Ha replicato l’attore che il canone doveva essere versato” entro e non oltre il 9 gennaio 1991”.

E’ stato anche richiesto il contraddittorio tra le parti, ritenuto però ininfluenza dagli attori.

Risulta dagli atti che il convenuto abbia anche perfezionato una scrittura con un suo collaboratore, sig. Roberto Cecchetti, per la gestione del ristorante, accordo revocato sei mesi dopo.

All’udienza del 12 settembre 1991 nell’interesse del convenuto è stato depositato assegno di £. 7.378.800= riferito al canone del secondo semestre del 1991, stante il rifiuto degli attori di ritirare tale somma.

All’udienza del 14 novembre del 1991 il procuratore degli attori, considerato che in data 26 ottobre 1989 è stata inviata disdetta, chiedeva pronunciarsi lo sfratto.

Deduceva a verbale che in seguito al contratto di locazione il convenuto ha assunto la qualifica di gestore ai sensi e per gli effetti dell’art. 32 della Legge 19 novembre 1981, n. 98; l’esistenza di una società di fatto del convenuto con il Cecchetti, costituente violazione contrattuale denunciata assieme alla disdetta del contratto. L’attuale detenzione dell’azienda pertanto sarebbe da ritenersi illegittima e arbitraria perché trascorso il termine convenuto per la gestione.

Il convenuto ha invece eccepito l’infondatezza della richiesta perché tra le parti sarebbe stato posto in essere “un rapporto d’uso di licenza commerciale” valutato come “un unico canone e unica durata”.

Con motivato provvedimento del 26 febbraio 1992 si è riservata ogni decisione sulla domanda incidentale di sfratto al definitivo e si è provveduto agli atti istruttori. Ad ogni effetto si è dato corso al tentativo di conciliazione a sensi del secondo comma dell’art. 23



della Legge 15 dicembre 1982, n. 117; *ex officio* è stato aperto il termine di controprova, decorso il quale è stato aperto anche il termine ad allegare.

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, nel successivo termine il convenuto ha depositato in atti assegno di conto corrente di £. 8.330.665=, quale canone di locazione al primo semestre del 1992 nonché una perizia di stima del valore delle attrezzature ed avviamento della Azienda Motel Dogana.

Nel termine ad allegare sono state depositate le memorie conclusionali: il convenuto ha anche depositato assegno per £. 8.330.000= relativo al canone di locazione per il secondo semestre 1992.

All'udienza del 10 settembre 1992 la causa è stata irrotolata e, posta *pro servato*, è stata trattenuta per la decisione.

La procura degli attori nelle finali allegazioni in diritto ha così concluso: "Voglia questo Ecc.mo Giudice ritenuto che fra le parti sussisteva rapporto di affitto di azienda e che i fatti emersi in corso di causa costituiscono gravi inadempienze del convenuto, dichiarare la risoluzione del contratto per fatto e colpa del signor Tommasoni Lino e comunque per decorso del termine contrattuale previsto e conseguentemente pronunciare lo sfratto del medesimo dal Ristorante Bar Motel Dogana munendo la sentenza di clausola di provvisoria esecutività, voglia altresì pronunciare a carico dello stesso condanna al risarcimento del danno che si chiede liquidare in via equitativa alla data del 30 giugno 1992 in somma pari a quelle depositate in Cancelleria dal convenuto a titoli di canoni di affitto oltre ad ulteriore £. 20.000.000=. Il tutto con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio che si indica liquidare in £. 8.000.000=."

Nelle finali allegazioni in diritto depositate nell'interesse del convenuto è stato richiesto: "a) respingere l'istanza perché infondata; b) dichiarare risolto il contratto o per disdetta anticipata dei locatori, liquidando in favore del convenuto tutte le spettanze di legge; c) conguagliare in favore del locatario le somme di canone, già versate, eventualmente eccedenti se dichiarato ad oggi risolto il rapporto di locazione; d) porre a carico della parte attrice in quanto soccombente, spese, onorari di causa ed onorari stragiudiziali, nonché ogni successiva occorrenda, come da separata notula che si farà pervenire".

## DIRITTO

1) Nella presente vicenda gli attori hanno presentato due successive e separate domande, poiché con la prima hanno richiesto la restituzione della cosa locata, per inadempimento contrattuale, mentre con la successiva, è stata fatta richiesta di sfratto per finita locazione.

Nel primo caso il convenuto ha formalmente eccepito l'infondatezza della domanda, respingendo l'inadempimento attribuitogli. Ha anche eccepito che il contratto deve ritenersi risolto per disdetta volontariamente anticipata dei locatori. Ha infine richiesto tutte le spettanze in suo favore derivanti dall'art. 20 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117.

Il contratto di locazione è stato formalmente disdettato dagli attori e la scadenza è sopraggiunta durante le more del giudizio. Il convenuto però non ha restituito quanto ha avuto in locazione dagli attori, ma ha invece continuato a versare i canoni, insistendo nella sua domanda riconvenzionale. Di conseguenza gli attori chiedono anche la restituzione dei beni locati per finita locazione essendo stata disdettata fin dal 26 ottobre 1989 a termini del contratto di locazione di azienda.

2) In base al contratto intervenuto tra le parti sono stati locati “una porzione di immobile consistente in un ambiente adibito a ristorante con cucina, vani servizi ed accessori, facenti parte di un complesso destinato a Motel” e la “gestione del ristorante mediante l'utilizzo di detta voce compresa nella licenza”, assieme alle “attrezzature esistenti di proprietà dei locanti”.

I contraenti hanno anche dichiarato che ai sensi dell'art. 32 della Legge 8 giugno 1965, n. 18, il conduttore “assume la qualifica di gestore di detto ristorante”, significando, se ce fosse stato ancora bisogno, che é stato dato in locazione sia la licenza che l'immobile nel quale è esercitata la licenza di ristorante.

Soccorre in un tale apprezzamento anche la posizione che è andata ad assumere il convenuto nella “titolarità temporanea della licenza”, rimasta “intestata” agli attori.

**La domanda degli attori è da ritenersi fondata, perché nel contratto si deve intendere che è stata locata l'azienda, anzi una parte dell'azienda quale è il Motel Dogana. In altre parole è stata data in locazione tutta una serie di situazioni che non sono apprezzabili singolarmente sul piano giuridico, ma che vanno appunto a costituire “l'azienda”, intesa come fatto economico nel quale si organizza definitivamente l'attività del soggetto imprenditore.**

Contrariamente a quanto eccepisce il convenuto non siamo in presenza di due contratti, uno di affitto di immobile e l'altro di gestione della licenza, “unificati sotto l'unico vincolo temporale e di corrispettivo”, ma di vero e proprio contratto di locazione di azienda, costituita da un ristorante.

Nè ha rilevanza l'eccezione che il contratto indica la locazione dell'immobile in forma separata dalla gestione, perché in tal modo si è voluto soltanto descrivere la porzione di immobile, come elemento che costituisce l'azienda degli attori, “organizzata per la somministrazione di servizi di ristorazione”. L'uno non avrebbe avuto significato senza l'altro, indicato impropriamente come gestione, ma nel quale le parti hanno voluto conferire anche altri elementi, sempre costituenti l'azienda, come le attrezzature e l'avviamento.

**Quanto è stato dato in locazione, non è separabile nelle singole parti, perché è stato contrattualmente finalizzato ad un unico scopo, costituito dal fine economico perseguito dall'imprenditore.**

Allega in proposito il procuratore dell'attore l'art. 2 della Legge 13 giugno 1990, n. 68, ove appunto si dichiara che **“l'azienda è il complesso di beni materiali organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”.**

**Una tale nozione, legislativamente enunciata, può essere applicata al contratto intervenuto tra gli attori e il convenuto. Anzi l'unicità del canone e di durata del contratto, eccepiti dal convenuto, conferma che le parti in causa hanno posto in essere un contratto di locazione di azienda, non due contratti di cui uno di locazione di immobile e uno di gestione di una licenza di ristorante.**

3) Affermano gli attori che il convenuto avrebbe violato gli obblighi contrattuali perché avrebbe subaffittato l'azienda o comunque avrebbe formato una società di fatto con tal Maurizio Casadei nella conduzione della azienda locata.

Premesso che nel contratto intercorso tra le parti non esiste alcun divieto di subaffitto, si deve affermare che i fatti contestati al convenuto risultano inequivocabilmente dagli atti di causa.

Sostengono gli attori che nella locazione di azienda, essendo determinate *l'intuitu personae*, la sublocazione non é consentita.

L'affermazione non può totalmente condividersi, perché la giurisprudenza sammarinese ha già ritenuto che **“viola il divieto di sublocazione dell'azienda il conduttore che ne conceda l'esercizio ad una società anonima e ciò anche se il conduttore stesso sia uno dei soci della società anonima”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 18 febbraio 1959 nella causa n. 22 dell'anno 1955, in Giurisprudenza Sammarinese, 1964, p. 173).

Argomentando a contrario si potrebbe tranquillamente concludere che, se è consentito pattuire il divieto, la sublocazione di azienda potrebbe anche essere ammessa.

Contestando i fatti riferiti, da parte degli attori si vuole però far valere quanto previsto da manifestazioni di volontà legislativa più recenti in materia di locazione di beni immobili. E in particolare l'art. 5 della Legge 23 maggio 1950, n. 18 e poi gli artt. 4 e 5 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, che, sempre a giudizio degli attori, influenzerebbero la disciplina del contratto di locazione di azienda.

Secondo le pretese degli attori costituirebbero così causa di risoluzione del contratto di locazione d'azienda sia la sublocazione, sia la cessione del contratto stesso avvenuta senza il consenso del locatore o senza aver adempiuto all'onere di comunicazione scritta. Si deve però obiettare che le norme allegate dagli attori, consentono solo una stretta interpretazione e disciplinano la sublocazione e la cessione del contratto di immobili, non la sublocazione di azienda.

Le ragioni degli attori si possono fondare semmai sul **secondo comma dell'art. 17 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117**, - la cui lettera é oggi ripetuta *ad unguem* dal secondo comma dell'art. 17 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26 - che espressamente recita: **“qualora il locatario ceda ad altri l'azienda, il locatore non può opporsi alla sublocazione del contratto di locazione, a meno che non ricorrano gravi motivi relativi alla persona del sublocatario”**.

Se è vero per principio generale che “el più è contenuto anche il meno” si dovrà concludere che colui che ha locato una azienda può opporsi al contratto di sublocazione della stessa. Perché se la disciplina delle locazioni degli immobili destinati ad attività imprenditoriali prevede il caso del proprietario dell'immobile che si oppone alla sublocazione della azienda del conduttore, sembra pacifico che chi ha locato l'intera azienda possa opporsi per gli stessi motivi.

E in questo senso, perlomeno ai fini della soccombenza, si giustifica la domanda inizialmente proposta dagli attori, perché almeno il tentativo di dare in locazione l'azienda é stato posto in essere dal convenuto.

**Diverso è il caso della società di fatto, intervenuta tra il convenuto e il sig. Maurizio Casadei. Il caso però non sembra essere contemplato nella disciplina della locazione di azienda come causa per la risoluzione del contratto. Né la legislazione finora allegata sembra consentire di estendere la disciplina della sublocazione della azienda sino a prescrivere una opposizione anche per una società di fatto.**

4) Affermano gli attori che alla locazione di azienda non é applicabile la disciplina vincolistica prevista dalla Legge 15 dicembre 1982, n. 117, relativa alla locazione degli immobili.

Tale Legge è stata frequentemente modificata: con Legge 1 dicembre 1984, n. 104; con Legge 20 novembre 1987, n. 139; con Legge 28 marzo 1988, n. 59. Tutta la disciplina sulle locazioni però é oggi confluita nella Legge 20 febbraio 1991, n. 26, cioè nel “Testo Unico in materia di locazione di immobili”, e nella Legge 23 aprile 1991, n. 51 relativa al rimborso delle attrezzature attinenti alle attività svolte dal locatario.

Proprio perché tali leggi disciplinano il contratto di locazione di immobili, l'eccezione, proposta dagli attori alla richiesta del convenuto, è fondata e deve essere accolta.

**Il contratto di locazione di azienda, intervenuto tra le parti, non è assimilabile al contratto di locazione di "immobili destinati ad attività imprenditoriali professionali e di interesse sociale", disciplinato dal titolo terzo della Legge 15 dicembre 1992, n. 117, e dalle sue successive modificazioni; oppure disciplinato sempre dal titolo terzo del vigente "Testo Unico in materia di locazione di immobili" di cui alla Legge 20 febbraio 1991, n. 26.**

Osserva il procuratore dell'attore che **il regime vincolistico, che colpisce gli immobili destinati ad attività economiche e sociali, incentiva "le ragioni d'impresa a scapito di quelle della proprietà immobiliare". Si determina così sul piano legislativo tutta una serie di agevolazioni nei confronti di "coloro che organizzano beni di proprietà aliena nell'esercizio dell'impresa".**

Si deve quindi riconoscere che **la disciplina vincolistica è applicabile all'imprenditore che conduce un bene altrui organizzato nella propria impresa. Ben diverso però è il caso dell'imprenditore, che non subentra nell'immobile, ma nell'intera azienda, cioè subentra, come ha voluto definire la Legge, nel "complesso di beni materiali organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa".**

In questa ipotesi - che è poi il caso in decisione, trattandosi di locazione di azienda - la disciplina vincolistica del ricordato titolo terzo non può considerarsi applicabile.

Deve quindi respingersi la domanda riconvenzionale formulata dal convenuto.

5) Non resta quindi che prendere in considerazione il contratto con cui le parti hanno locato l'azienda avente per oggetto un ristorante.

A tal fine è fondata la domanda degli attori che richiedono la risoluzione del contratto "per decorso del termine contrattuale".

**Stabilito infatti che al contratto di locazione di azienda non è applicabile la legislazione vincolistica in materia di immobili destinati ad attività imprenditoriali, professionali e di interesse sociale, si deve applicare quanto le parti hanno previsto contrattualmente.**

E' stato infatti stabilito in quella sede che "la durata della locazione è concordemente fissata ed accettata in anni tre a decorrere dal 10 gennaio 1981 e quindi fino al 9 gennaio 1984 ed al suo scadere si intenderà anche tacitamente rinnovata anno per anno qualora non intervenisse disdetta da darsi da una parte all'altra mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno e con almeno sei mesi di preavviso".

E' poi accertato, sia dai documenti prodotti nell'interesse dell'attore, sia negli atti di causa, che gli attori hanno inviato formale disdetta fin dal 26 ottobre 1989. Da questo punto di vista a nulla rilevano le ragioni o i semplici apprezzamenti per cui gli attori hanno preso tale determinazione e non hanno inteso rinnovare tacitamente il contratto con il convenuto.

Stando agli accordi, gli unici che regolano i rapporti fra le parti nella locazione di azienda intervenuta, tale disdetta ha spiegato ogni suo valore in data 1 gennaio 1991, primo termine utile annuale, considerando il preavviso richiesto.

A tale data l'azienda locata doveva essere spontaneamente consegnata da parte del convenuto agli attori.

E' pertanto da ritenersi fondata la richiesta degli attori di vedersi immediatamente riconsegnata l'azienda, insistendo peraltro per una esecuzione in forma specifica, e

richiedendo che venga accordata in loro favore la clausola di provvisoria esecutività nonostante gravame.

6) Non essendo stata adempiuta la riconsegna nei termini contrattuali, gli attori insistono per ottenere un risarcimento del danno.

Se si riconosce che il convenuto non ha ancora adempiuto all'obbligo della riconsegna dei locali, avendo la disdetta perfezionato i suoi effetti, si deve anche riconoscere che la mancanza di disponibilità dell'azienda da parte degli attori ha certamente cagionato un danno patrimonialmente rilevante.

La richiesta degli attori é che l'ammontare di tale danno venga liquidato in via equitativa.

Premesso dunque che in ogni caso agli attori è venuta meno una rendita, che non può essere considerata inferiore a quella corrispondente al canone di locazione, si può ritenere che, secondo la richiesta degli attori, possa essere liquidato in via soltanto equitativa a risarcimento del danno subito dagli attori, ponendola a carico del convenuto inadempiente, una "somma pari a quelle depositate in Cancelleria a titolo di canoni di affitto oltre alla somma di £. 20.000.000".

Le spese seguono la soccombenza e sono da porsi a carico del convenuto.

## 81.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli) , 28 settembre 1992.

Banca Agricola Commerciale (Avv. L. Lonfernini) : Concorso giudiziale dei creditori dell'eredità morendo dismessa da Giovanni Battista Bonelli (Avv. A.S. Belluzzi) – Causa n. 235, anno 1989.

### **Assegno bancario – Emissione incompleta o in bianco – Divieto – Postdatazione – Illiceità – “Pactum de non petendo” – Nullità – Girata – Disciplina.**

*All'assegno bancario, che deve ritenersi una cambiale a vista tratta su un banchiere, è applicabile, in quanto possibile, la disciplina cambiaria, tenendo presente la diversa funzione economica dei due titoli.*

*Sussiste il divieto di emettere l'assegno incompleto o in bianco, essendo esclusa la possibilità di demandare ad un terzo l'incarico di completare il titolo dopo la sua emissione.*

*E' illecita la postdatazione dell'assegno, poiché la data del titolo deve essere quella della sua effettiva emissione.*

*Il pactum de non petendo è nullo, in quanto è diretto a far sì che l'assegno adempia ad una funzione di garanzia o di credito, che è contraria alle norme che sanciscono la funzione di pagamento dell'assegno bancario.*

*La girata, disciplinata secondo le regole cambiarie, adempie ad una duplice funzione; da un lato legittima il giratario all'esercizio dei diritti derivanti dal titolo; dall'altro fa sorgere una obbligazione cartolare a carico del girante.*

## FATTO E DIRITTO

Con decreto emesso il 13 giugno 1989 (nel procedimento civile n.44 dell'anno 1985, relativo al concorso giudiziale dei creditori dell'eredità morendo dimessa da Bonelli Giovanni Battista) il Commissario della Legge ordinò "alla Direzione della Banca Agricola Commerciale di consegnare al curatore del giudiziale concorso tra i creditori dell'eredità Bonelli la somma di £. 157.875.487= ed i relativi interessi maturati".

Notificato ritualmente il decreto, con atto depositato in Cancelleria il 24 agosto 1989, la Banca Agricola Commerciale propose opposizione avverso il provvedimento richiedendone la revoca "in quanto la somma, rappresentata da titolo (dato in garanzia), non era nella disponibilità del Bonelli ma bensì della stessa banca nel momento in cui a quest'ultima fu consegnata".

Non può non porsi nel dovuto rilievo, sul piano concreto, il comportamento estremamente contraddittorio dell'Istituto di credito opponente. Nella domanda avanzata il 18 marzo 1985 per l'insinuazione al passivo del concorso Bonelli del credito vantata dalla Banca Agricola Commerciale, il procuratore della stessa avvocato Lonfernini Luigi testualmente precisò "che la banca ha a disposizione, a decurtazione delle esposizioni sopra citate, la somma di £. 157.875.487=".

Con lettera inviata l'11 gennaio 1989 al curatore del concorso dott. Albani Marino, che sollecitava il versamento della somma, sempre l'avvocato Lonfernini Luigi confermò "come già riferito nell'istanza di ammissione, la Banca ha a sua disposizione la somma di £. 157.875.487= ricavata dalla negoziazione di alcuni titoli tra i quali quello di cui alla richiesta. Il titolo non è stato accreditato al momento sul conto corrente intestato al defunto Bonelli Giovanni Battista".

Ciò non ostante, la Banca Agricola Commerciale si è poi opposta alla disposizione impartita di consegnare la somma al curatore del concorso.

E' bene specificare immediatamente che la somma di £. 150.000.000= (la residua somma di £. 7.875.487= è costituita da interessi maturati) era portata dall'assegno n.00071988207 tratto dal signor Berardi Giuseppe sul proprio conto corrente n.101236/0 aperto presso la Cassa Rurale Depositi e Prestiti di Faetano, Agenzia di Domagnano. L'assegno reca la data di emissione del 10 novembre 1984 e venne emesso all'ordine di Bonelli Giovanni. Al recto dell'assegno compare una prima forma di girata illeggibile, ma sicuramente identificabile per quella autografa di Bonelli Giovanni Battista, segue il timbro della Ditta Cis Importex con firma identica alla precedente, ed infine la firma della signora Ridolfi Rosanna, moglie di Bonelli Giovanni Battista. L'assegno venne incassato dalla Banca Agricola Commerciale il 12 novembre 1984. Alla data di emissione e di incasso dell'assegno, Bonelli Giovanni Battista era già deceduto da poco meno di un mese.

Occorre ricordare, in via preliminare, il susseguirsi nel tempo delle varie situazioni e delle connesse procedure.

Bonelli Giovanni Battista, titolare della Ditta Cis Importex, morì il 19 ottobre 1984. Resta ancora da decidere se si trattò di suicidio o di morte accidentalmente causata dall'esplosione di un colpo dell'arma da fuoco che il Bonelli stava maneggiando.

Con i decreti successivamente emessi dal Commissario della Legge, di seguito menzionati:

- 22 ottobre 1984: il sig. Giuccioli Roberto venne nominato gestore per l'ordinaria amministrazione della ditta Cis Importex e curatore della procedura dell'eredità Bonelli,

accettata con il beneficio di inventario dalla vedova Ridolfi Rosanna, in nome e per conto proprio e nell'interesse del minore figlio Giovanni Paolo;

- 6 novembre 1984: il sig. Giuccioli venne nominato curatore della procedura dell'eredità Bonelli dichiarata giacente a seguito della definitiva rinuncia all'eredità stessa da parte della signora Ridolfi per sé e per il minore figlio;

- 20 febbraio 1985: venne dichiarato aperto il giudiziale concorso dei creditori dell'eredità morendo dismessa da Bonelli Giovanni Battista;

- 26 febbraio 1985: il sig. Giuccioli venne esonerato dagli incarichi a lui conferiti;

- 12 giugno 1985: venne dichiarata aperta la procedura di liquidazione dei beni di proprietà della signora Ridolfi Rosanna vedova Bonelli conseguente alla cessione dei beni stessi fatta dalla debitrice ai propri creditori.

In merito all'assegno bancario, non previsto né regolato come istituto a sé stante, dalla legislazione sammarinese, la costante giurisprudenza, in base agli ordinari principi di diritto, ha affermato:

a) l'assegno bancario è una comune obbligazione contenente l'indicazione, fatta dal debitore, di una persona che deve pagare in sua vece (delegazione di pagamento);

b) detta indicazione non produce novazione ("delegatio debiti, nisi consentiente et stipulanti promittente debitore, iure perfici non potest" – Cod. 8, 42, 1);

c) l'assegno bancario è da equipararsi ad una cambiale a vista tratta su banchiere per cui è applicabile, per quanto possibile, la disciplina cambiaria, tenendo ben presente la diversa funzione economica dei due titoli: strumento di credito la cambiale, strumento di pagamento l'assegno, destinato ad agevolare l'esecuzione del pagamento;

d) all'azione nascente dall'assegno bancario possono opporsi esclusivamente le eccezioni indicate dall'articolo 7 del Codice Cambiario.

La novità della fattispecie impone di esporre ampiamente le motivazioni sulle quali le sintetiche massime esposte sono fondate.

*Si è detto che l'assegno bancario è un mezzo o strumento di pagamento ed è proprio questa sua funzione che lo caratterizza e che consente di distinguerlo dalla cambiale o cambiale tratta.*

*Infatti cambiale e assegno contengono entrambi un ordine incondizionato rivolto dal traente al trattario di pagare una somma determinata a favore del portatore, legittimato secondo le norme di circolazione del titolo, che si presenta per riscuotere. Inoltre, in entrambi i casi, in seguito alla creazione ed emissione del titolo viene ad esistenza solo l'obbligazione cartolare del traente, mentre non sorge a favore del portatore alcun diritto od azione cambiaria contro la persona a cui è rivolto l'ordine di eseguire la prestazione. Il trattario si obbliga cambiariamente solo in seguito all'accettazione, che però è vietata nell'assegno. Pertanto, mentre la cambiale adempie ad una funzione di credito, l'assegno adempie ad una funzione di pagamento, in quanto il traente nel sottoscrivere ed emettere l'assegno non desidera procurarsi credito, ma vuole compiere un atto di disposizione della provvista esistente presso il banchiere trattario e vuole fornire al prenditore il mezzo per ottenere l'adempimento della prestazione indicata nel titolo, e d'altro canto, il prenditore riceve l'assegno non già per accordare credito al traente, ma nella convizione di vederlo onorato al momento della presentazione per il pagamento.*

*La funzione di pagamento non costituisce però un requisito di validità del titolo, e cioè l'impossibilità di adempiere alla stessa non produce la nullità dell'assegno. Infatti ogni volta che il trattario non paga ed il titolo ritorna insoluto al presentatore, l'assegno ha*

*esaurito la sua funzione di mezzo o strumento di pagamento; tuttavia il portatore continua a vantare un diritto di credito nei confronti del traente e dei successivi firmatari, diritto derivante dal legittimo possesso del titolo ed in esso incorporato.*

*In altre parole nell'assegno l'obbligazione cartolare del traente deriva dalla pura e semplice sottoscrizione del titolo e prescinde completamente dalla idoneità del titolo stesso ad adempiere ad una o ad altra e diversa funzione.*

*Altra condizione e requisito sostanziale, conseguente alla funzione di pagamento dell'assegno, è la qualifica di banchiere nel trattario: mentre la cambiale può essere tratta su qualsiasi persona, l'assegno può essere tratto solo su un banchiere.*

*Ulteriori differenze fra cambiale e assegno, conseguenti alla diversa funzione a cui i due titoli adempiono, si possono riscontrare:*

*a) nel divieto per il banchiere trattario di obbligarsi cambiariamente mediante accettazione per evitare che l'assegno possa trasformarsi in uno strumento di credito;*

*b) nel divieto di emettere l'assegno incompleto o in bianco: la possibilità (esclusa) di demandare ad un terzo l'incarico di completare il titolo dopo la sua emissione sarebbe infatti in contrasto con la funzione di pagamento;*

*c) nella pagabilità necessariamente a vista dell'assegno ed è quindi senza effetto la menzione di una data di scadenza ed il titolo non può essere post-datato;*

*d) nella irrevocabilità dell'ordine di pagamento.*

*Le principali conseguenze di configurare l'assegno bancario come una delegazione di pagamento o assegnazione sono:*

*a) nell'atto della sottoscrizione del titolo si deve ravvisare una duplice autorizzazione (ovvero un ordine ed una autorizzazione): autorizzazione o ordine al trattario di pagare ed autorizzazione al prenditore di riscuotere;*

*b) questa duplice autorizzazione costituisce unicamente la giustificazione del pagamento che verrà effettuato al momento della presentazione del titolo (e cioè la causa dell'attribuzione patrimoniale), ma non fa sorgere né è diretta a far sorgere un vincolo obbligatorio fra trattario e prenditore (a differenza di quanto avviene nella "delegatio promittendi");*

*c) il rapporto fra trattario e prenditore si perfeziona solo con l'esecuzione della prestazione indicata nell'assegno bancario e quindi con l'estinzione del debito;*

*d) la delegazione, pur essendo i suoi effetti destinati a ripercuotersi sui rapporti di valuta e di provvista, va tenuta distinta da questi, motivo per cui la loro invalidità o inefficacia non influisce sulla validità del pagamento eseguito dal delegato.*

*L'assegno bancario, oltre a contenere un ordine di pagare rivolto al trattario, è il documento che incorpora l'obbligazione cartolare del traente. All'ordine di pagare si unisce in tal modo un obbligo di far pagare, e cioè una garanzia per il pagamento, su cui si impernia la natura di titolo di credito dell'assegno. Analoga obbligazione assumono anche i successivi giranti, ma mentre questi ultimi da tale obbligo possono esonerarsi con una clausola espressa, il traente deve in ogni caso rispondere del pagamento della somma indicata nell'assegno ed una clausola con la quale egli volesse esonerarsi da questa responsabilità si dovrebbe considerare come non scritta.*

*Per la natura dell'obbligazione assunta dal traente e dai successivi giranti e per la natura del diritto attribuito al legittimo possessore del titolo l'assegno bancario costituisce un titolo di credito cambiario, la cui disciplina giuridica è in molti punti identica a quella della cambiale tratta.*

*L'assegno bancario è perciò anch'esso un titolo di credito:*



a) astratto, in quanto non è rilevante la causa dell'assunzione dell'obbligazione cartolare, mentre la necessità della provvista attiene all'ordine rivolto al trattario, e non anche all'obbligazione cartolare assunta dal traente e dai successivi giranti;

b) letterale, in quanto i diritti e gli obblighi dallo stesso derivanti sono determinati escusivamente dal contesto letterale del titolo;

c) da esso sorgono una serie di obbligazione autonome a carico di ciascun firmatario dell'assegno, e perciò le eventuali firme false o di persone incapaci apposte sul titolo non rendono invalide le obbligazioni cartolari degli altri firmatari; esso attribuisce al suo possessore, legittimato secondo le norme di circolazione del titolo, un diritto di credito autonomo, nel senso che a questi non sono opponibili le eccezioni personali ai precedenti possessori e non potrà essere rivendicato contro il possessore il titolo acquistato in buona fede.

Un requisito fondamentale della cambiale che è incompatibile con la natura dell'assegno bancario è la data di scadenza. Infatti una qualsiasi data di scadenza comporterebbe una concessione di credito al traente per il periodo di tempo intercorrente tra la data di emissione e quella in cui il titolo deve essere presentato al trattario. L'assegno bancario è un titolo a vista e quindi ogni contraria disposizione si ha per non scritta.

Il medesimo effetto, quello cioè di trasformare l'assegno da strumento di pagamento in strumento di credito, si potrebbe conseguire anche indicando sul titolo una data di emissione successiva a quella in cui l'assegno è stato effettivamente emesso e cioè mediante la postdatazione, ma ciò è vietato ed il divieto comporta che l'assegno bancario presentato al pagamento prima del giorno indicato come data di emissione è pagabile nel giorno di presentazione.

La data dell'assegno deve quindi essere quella della sua effettiva emissione; l'illiceità della postdatazione non produce però la nullità neppure relativa del titolo; resta la possibilità del prenditore di presentare subito l'assegno per il pagamento. Infatti anche per la postdatazione ricorrono quelle medesime ragioni che costituiscono la "ratio" della disciplina giuridica della funzione di pagamento.

L'accordo di non presentare l'assegno postdatato o prima di un dato termine o "pactum de non petendo" attiene unicamente ai rapporti personali fra traente e prenditore e non influisce perciò sulla regolarità del titolo o sulla sua circolabilità, così come non può essere invocato dal traente per impedire il pagamento dell'assegno presentato prima della data convenuta.

Il "pactum de non petendo" è nullo, in quanto essendo diretto a far sì che l'assegno adempia ad una funzione di garanzia o di credito è contrario alle norme che sanciscono la funzione di pagamento dell'assegno bancario.

E' principio generale che quando sono richiesti determinati requisiti di sostanza o di forma per la validità di un negozio o di un atto giuridico, gli stessi devono sussistere nel momento in cui il negozio è concluso o l'obbligazione assunta, e non già in quello successivo in cui il diritto viene esercitato.

La funzione di pagamento dell'assegno non solo esclude la liceità e la validità del patto con cui il prenditore si obbliga ad indicare una data di emissione diversa da quella reale, ma non consente neppure di demandare ad un terzo estraneo la determinazione dell'oggetto dell'obbligazione. L'accordo di riempimento è illecito in quanto si risolve in un contratto "in fraudem legis", tanto più in quanto rinviando ad un momento

*successivo il completamento dell'assegno potrebbe consentire di evitare le sanzioni relative alla emissione a vuoto.*

*Dall'insieme di queste considerazioni appare in contrasto con la natura e con la disciplina dell'assegno la possibilità di demandare ad un terzo il completamento del titolo. Sarebbe necessario che il terzo avesse un simile potere e cioè che il completamento dell'assegno successivamente alla sua emissione rientrasse nelle facoltà di disposizione delle parti e potesse costituire l'oggetto di un accordo o di una convenzione di riempimento. Essendo esclusa una simile possibilità, si deve concludere che solo il traente ha il potere-dovere di emettere il titolo completo di tutti i suoi requisiti essenziali, con la conseguenza che l'assegno in bianco è nullo.*

*Secondo una regola comune a tutti i titoli di credito, anche nell'assegno bancario la titolarità non deve essere necessariamente congiunta alla legittimazione cartolare; dato il carattere formale dei titoli di credito, quest'ultima è necessaria e sufficiente per l'esercizio del diritto; il detentore dell'assegno bancario trasferibile per girata è considerato portatore legittimo se giustifica il suo diritto con una serie continua di girate.*

*La girata, disciplinata secondo le regole cambiarie, adempie ad una duplice funzione: da un lato serve a legittimare il giratario (o il detentore del titolo se la girata è in bianco) all'esercizio dei diritti derivanti dal titolo, e cioè ad attribuirgli il potere di trasferire a sua volta l'assegno a terzi ovvero di richiedere al trattario il pagamento della somma in esso indicato ed in caso di rifiuto di pagamento di agire contro il traente e gli altri obbligati di regresso; dall'altro fa sorgere una obbligazione cartolare a carico del girante.*

*E' esclusa la girata dell'assegno in garanzia; si deve infatti riconoscere che la stessa, essendo diretta a costituire il titolo in pegno o in garanzia non è compatibile con la destinazione dell'assegno al pagamento. La circolazione dell'assegno, nelle forme e con gli effetti esposti, può infine essere esclusa dal traente con l'apposizione sul titolo di una clausola espressa (assegno non all'ordine), nel quale caso l'assegno può circolare unicamente nelle forme e con gli effetti di una cessione ordinaria.*

*La circolazione dell'assegno "inter vivos" o "mortis causa", secondo le norme di diritto comune è possibile anche in mancanza della clausola non all'ordine. In queste ipotesi l'acquirente non vanta un diritto autonomo, ma si legittima come successore a titolo universale o particolare del suo dante causa e cioè subentra nel rapporto cartolare nella medesima posizione giuridica di questi.*

Esaminato in qualità di teste nell'udienza del 26 aprile 1990 il ragioniere Cevoli Agostino, Direttore della Banca Agricola Commerciale ha dichiarato: "l'assegno di cui si tratta per circa £. 157.000.000= venne versato alla Banca Agricola Commerciale dal Bonelli Giovanni Battista o dalla di lui moglie signora Ridolfi Rosanna a decurtazione di esposizioni che avevano nei confronti della Banca stessa. L'assegno era stato consegnato al Bonelli o alla di lui moglie da persona con la quale gli stessi intrattenevano rapporti commerciali o d'affari. Il ritardo nell'incasso dell'assegno fu provocato dal fatto che lo stesso era stato accettato come è norma e prassi postdatato ... la Banca non vantava crediti privilegiati nei confronti del Bonelli".

E' impossibile in modo assoluto accertare se la data del 10 novembre 1984 venne apposta sull'assegno di cui si tratta o dal traente Berardi Giuseppe, o dal prenditore Bonelli Giovanni Battista, o da un funzionario della Banca Agricola Commerciale nel momento in cui l'assegno venne posto all'incasso. Certo è che a quella data il Bonelli era

già deceduto e che sempre alla stessa data la signora Ridolfi Rosanna vedova Bonelli non aveva alcun diritto di disporre dell'assegno, avendo in precedenza già rinunciato puramente e semplicemente all'eredità morendo dismessa dal marito, per sé e per il minore figlio.

E' infine da rilevare che la data apposta sull'assegno è anteriore appena di quattro mesi alla dichiarazione di apertura del concorso giudiziale dei creditori dell'eredità morendo dismessa da Bonelli Giovanni Battista avvenuta il 20 febbraio 1985. La negoziazione del titolo di credito è avvenuta per tanto nel periodo dalla legge concorsuale definito sospetto, è inefficace per frode presunta in quanto danneggia le ragioni degli altri creditori. Sarebbe impossibile per la Banca Agricola Commerciale, al fine di escludere la presunzione di frode, di dimostrare la sua buona fede e cioè di non aver avuto conoscenza del dissesto economico del debitore e della cessazione dei pagamenti e, di conseguenza, di non aver avuto l'intento di danneggiare la massa dei creditori e di crearsi una posizione privilegiata in pregiudizio dei creditori medesimi.

In base alle premesse considerazioni in fatto e in diritto, l'apposizione proposta dalla Banca Agricola Commerciale avverso il decreto emesso il 13 giugno 1989, deve essere respinta in quanto destituita di ogni giuridico fondamento. Il decreto va pertanto pienamente confermato. La Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino va definitivamente condannata al pagamento in favore del concorso giudiziale dei creditori dell'eredità morendo dismessa da Bonelli Giovanni Battista della somma di £. 150.000.000=, con gli interessi alla legale ragione del sette per cento dal 12 novembre 1984 al definitivo versamento della somma stessa.

Le spese e gli onorari del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò posti a totale carico della parte attrice.

## 82.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 5 ottobre 1992.

S.p.a. Aurora Assicurazioni (Avv. R. Bonelli) : S.p.a. Ausonia Aird Assicurazioni (Avv. G.B. Reffi) – Causa n. 244, anno 1986

### **Assicurazione plurima – Coassicurazione – Surrogazione.**

*Si ha assicurazione plurima quando il titolare dell'interesse è assicurato, per lo stesso interesse, contro lo stesso rischio e per lo stesso tempo, presso diversi assicuratori. Le assicurazioni sono cumulative, sono destinate cioè a cumularsi e ad operare congiuntamente.*

*Si ha coassicurazione, quando contro lo stesso rischio, sullo stesso interesse, e per lo stesso tempo, viene preventivamente concordata tra gli assicuratori la ripartizione della somma assicurata.*

*Chi soddisfa un debito, al pagamento del quale era tenuto con altri o per altri, non ha la surrogazione di pieno diritto, ma per poter agire contro gli altri obbligati o coobbligati, deve farsi cedere, in modo espresso, le azioni da colui al quale ha effettuato il pagamento.*

---

FATTO

Con istanza avanzata il 30 ottobre 1986 la S.p.a. Aurora Assicurazioni (già denominata S.p.a. Agricoltura Assicurazioni) espose:

1) il 16 maggio 1984 nella Città di San Marino, nel ristorante “La Balestra” gestito dal sig. Bacciocchi Livio, in un immobile di proprietà di Guidi Teresa, a seguito di una fuga di gas, si verificò una esplosione che produsse danni al locale medesimo, a locali attigui di proprietà di Burgagni Francesco e Urbinati Natalina, arrecando inoltre ulteriori danni a persone e cose;

2) nel procedimento penale n.497 dell’anno 1984 venne accertata la responsabilità del verificarsi dell’evento dannoso a carico del Sig. Bacciocchi Livio, gestore del ristorante in cui avvenne lo scoppio;

3) al fine di evitare maggiori spese ed azioni dell’assicurato Bacciocchi Livio, la S.p.a. Aurora Assicurazioni, quale ente assicuratore, liquidò i danni diretti subiti ed accertati dalla perizia giudiziaria penale in favore di Guidi Teresa, Burgagni Francesco, Urbinati Natalina;

4) al risarcimento dei danni era obbigata anche la S.p.a. Ausonia Aird Assicurazioni quale ente assicuratore della S.p.a. Ultragas Italiana alla quale pertanto doveva essere proporzionalmente accollato il risarcimento dei danni stessi;

5) la S.p.a. Ausonia Aird Assicurazioni rifiutò sempre di concorrere nella liquidazione dei danni verificatisi, motivo per cui la S.p.a. Aurora Assicurazioni che ne anticipò l’importo si trovò costretta ad agire giudizialmente.

Quanto sopra esposto la S.p.a. Aurora Assicurazioni convenne la S.p.a. Ausonia Aird Assicurazioni avanti a questo Tribunale per sentirla dichiarare tenuta al rimborso delle somme erogate dalla società attrice in proporzione dell’entità del rischio assunto dalla società convenuta ovvero nella proporzione che dovesse risultare di giustizia.

Nell’udienza all’uopo fissata la parte attrice riprodusse l’istanza introduttiva del giudizio.

La parte convenuta si costituì a mezzo di procuratore, richiese ed ottenne il termine statutario per rispondere ed eccepire e, questo trascorso, sollevò l’eccezione di incompetenza per territorio (mancata competenza giudiziaria internazionale) di questa autorità giudiziaria.

Esperita l’istruttoria sulla sollevata eccezione, il Consiglio dei Dodici con la decisione 26 gennaio 1989 accogliendo integralmente il parere espresso dal Consulente nominato, respinse l’eccezione di incompetenza territoriale appalesatasi del tutto infondata.

Ripreso regolarmente il corso del giudizio, nei rituali termini di prova e controprova la parte attrice produsse documenti; venne autorizzata la temporanea allegazione agli atti del fascicolo del procedimento penale n. 497 dell’anno 1984; vennero esaminati i testi Avv. Bacciocchi Livio, Zavoli Marino, Ing. Segà Cesare; venne dichiarata la decadenza della prova testimoniale relativa al Geom. Arone Ezio, regolarmente ammesso, reiteratamente citato e non comparso.

Trascorso il termine ad allegare, i procuratori delle parti in causa sono addivenuti alla irrotulazione ed hanno prodotto le memorie conclusionali.

Il procuratore della parte attrice conclude richiedendo la condanna della convenuta S.p.a. Ausonia Aird Assicurazioni al rimborso in favore di essa attrice della somma di £.

89.544.667= o di quella altra somma che il Commissario della Legge ritenesse di liquidare in via di equità.

Il procuratore della convenuta richiede che l'istanza attrice sia respinta in quanto infondata, per essere la parte attrice priva di legittimazione processuale, per mancare in atti la prova giuridica della esistenza delle polizze assicurative sulla base delle quali doveva svilupparsi e concludersi la controversia.

## DIRITTO

“Il 16 maggio 1984 una esplosione devastava in gran parte il ristorante *La Balestra* in San Marino danneggiando seriamente anche taluni locali attigui. Diverse persone rimanevano ferite, all'interno del ristorante e nei negozi vicini oltre che sulla strada. Fin dai primi accertamenti, compiuti dall'autorità di Polizia e del Servizio di Protezione Civile, risultava trattarsi di esplosione di gas di petrolio liquefatto. Gas fuoriuscito dall'impianto centralizzato di distribuzione del ristorante, alimentato da due gruppi di tre bombole da kg. 25 ciascuna posto in un sottoscala dell'esercizio in locale completamente privo di aerazione. Restava invece imprecisata l'origine della scintilla che, per innesco, aveva determinato l'esplosione del gas stagnante nel sottoscala.

Allo scopo di dare una risposta a questo interrogativo, allo scopo inoltre di ricostruire con tutta esattezza le origini, le cause, le occasioni e le circostanze del sinistro questo Tribunale disponeva procedersi a perizia tecnica d'ufficio che affidava all'Ing. Cesare Sega, dirigente del Servizio di Protezione Civile.

Allo stesso perito venivano posti ulteriori quesiti strettamente connessi all'indagine penale ... ed anche quesiti intesi a fornire alle parti esatti riscontri di fatto in vista del componimento delle molte questioni civili in particolar modo di danni conseguenti al sinistro”.

Così esposto il fatto e data dal punto di vista penale primaria e relevantissima importanza alla relazione tecnica dell'Ing. Sega, il Commissario della Legge, con sentenza emessa l'undici marzo 1985 nel procedimento penale n. 497 dell'anno 1984 dichiarò l'imputato Baccocchi Livio, quale gestore del ristorante *La Balestra*, colpevole del reato a lui ascritto di lesioni colpose gravi e pertanto lo condannò alla pena della multa a giorni per £. 500.000= ed alla pena dell'interdizione (quale sospensione della licenza commerciale di cui disponeva) per mesi sei.

Condannò inoltre l'imputato al pagamento delle spese processuali e di costituzione di parte civile, al risarcimento del danno da liquidarsi in separata sede.

Precisò il Magistrato Penale: “nella stessa sede dovrà valutarsi se il comportamento della parte lesa Borgagni Stefano configuri fatto colposo concorrente e per quale misura, nella determinazione del sinistro e perciò del danno”.

L'imputato propose impugnazione avverso la sentenza di primo grado, unicamente al fine di sentire eliminare la pena della sospensione della licenza di esercizio.

Il Giudice di Appello per le cause penali sommarie con sentenza emessa il 31 luglio 1985 in parziale riforma della sentenza del Commissario della Legge, escluse la circostanza aggravante dell'art. 163 secondo comma del Codice Penale e la pena corrispondente della sospensione della licenza di ristorante.

Confermò in ogni altra parte l'appellata sentenza, esplicitamente precisando: “la condanna del Baccocchi per lesioni colpose plurime è divenuta definitiva e con essa la

conseguente condanna al pagamento delle spese ed al risarcimento dei danni a favore delle parti civili”.

Alla rifusione totale dei danni conseguenti all'esplosione per fuga di gas, provvede direttamente l'attrice S.p.a. Aurora Assicurazioni che ora, con il presente giudizio pretende che il danno attribuito al Bacciocchi sia accollato anche alla S.p.a. Ausonia Aird Assicurazioni in proporzione all'entità del rischio da essa assunto con la stipulazione di apposita polizza, ovvero nella proporzione che sarà di giustizia.

In via preliminare, nella memoria conclusionale, il procuratore della parte convenuta eccepisce che le due polizze assicurative (la prima stipulata dal Bacciocchi con la S.p.a. Aurora Assicurazioni, la seconda stipulata dalla S.p.a. Ultragas Italiana con l'Ausonia Aird Assicurazioni), benchè prodotte dal procuratore della parte attrice, non sono state ammesse agli atti di causa.

Dei documenti pertanto il giudicante non può tener conto ai fini della emanazione della decisione, essendosi verificata violazione del giudiziale contraddittorio, con la conseguente nullità procedurale.

L'eccezione non può essere accolta.

Il procuratore della parte attrice produsse in atti le polizze assicurative con istanza avanzata il 22 giugno 1989. Dell'istanza, con decreto 30 giugno 1989, venne ordinata la notifica all'avversa procura, con assegnazione del termine di cinque giorni correnti per dire e dedurre.

La notifica venne eseguita a mani proprie dell'Avv. Reffi Giordano Bruno, procuratore della parte convenuta, il 23 agosto 1989.

A sua volta l'Avv. Reffi con istanza del 7 settembre 1989 “vista la comparsa avversaria del 22 giugno”, dichiarò di non avere alcuna opposizione da proporre in merito all'ammissione dei documenti prodotti.

L'Avv. Bonelli, con istanza del 14 settembre 1989, richiese ammettersi definitivamente il teste indotto Avv. Bacciocchi Livio ed i documenti prodotti.

Con decreto emesso il 20 settembre 1989, per materiale omissione del Commissario della Legge, venne ammesso unicamente il teste Avv. Livio Bacciocchi e non anche i documenti di parte attrice.

E' di tutta evidenza, in primo luogo, che il materiale errore del Magistrato non può costituire causa o motivo di danno per la parte. In secondo luogo, autorevolmente afferma il Giannini (Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese, Seconda Edizione San Marino 1967, pag. 65 e 180): *“I documenti si producono con il consenso del Giudice che li ammette con la formula accennata, esaminando però preliminarmente se sembrano pertinenti, perché se fossero manifestamente inutili dovrebbe negarsene la produzione ... dei documenti comunque prodotti deve essere deliberata copia all'avversario che la voglia; in ogni caso, deve essergli dato avviso della produzione perché possa eccepire contro i medesimi quanto egli crede nel suo interesse. Così è voluto dal principio del contraddittorio, il quale deve scrupolosamente osservarsi. Il contraddittore che non chiede la copia dei documenti potrà prendere visione degli originali loro negli Uffici di Cancelleria, ma senza mai asportarli ... la nullità è governata dai principi del diritto comune in quanto vi sia stata violazione dei canoni fondamentali del diritto giudiziario. Quindi vi ha nullità di procedura e di sentenza se il Giudice era incompetente per materia o per territorio, se era sprovvisto di giurisdizione per essere comunque spirato il tempo del suo ufficio, se il contraddittorio non fu sostanzialmente rispettato e quindi se ogni parte non fu posta nella possibilità di far*

*sentire le proprie ragioni, se non fu legalmente rappresentata, perché incapace o per mandato difettoso ... non vi sono regole speciali; si deve quindi decidere per ogni caso in conformità dei principi. E' regola non meno essenziale che la inosservanza dei termini e delle forme dà luogo a pene a carico del procuratore, del Cancelliere ed eventualmente del Giudice, non già a nullità, eccetto che non sia violato irreparabilmente il contraddittorio. Quando lo scopo principale è raggiunto, quando l'atto si può ripetere, o quando in qualunque altro modo si può riparare alla omissione, il Giudice non deve dichiarare la nullità, ma provvedere secondo il suo prudente arbitrio ... se una notifica non fu fatta, ma appare dagli atti che la parte a cui doveva significarsi l'atto ne ebbe in qualunque modo cognizione, non può trarsene motivi di nullità. Se una formalità fu adempiuta, ma non se ne fece menzione, se, ad esempio, non è fatta menzione del giuramento prestato dal perito che effettivamente lo prestò, la circostanza può stabilirsi e risultare regolarmente in qualunque momento".*

Nel caso di specie, la materiale esistenza di due distinti contratti assicurativi, stipulati in tempi diversi, da diverse persone fisiche e giuridiche, a tutela di interessi di diversa natura, è ampiamente provata dagli atti dell'allegato procedimento penale, nei quali essi sono più volte richiamati e specificati.

Anche il più superficiale esame dei detti contratti assicurativi consente subito di escludere che si tratti, nella fattispecie, di assicurazione plurima.

**L'assicurazione presso diversi assicuratori o assicurazione plurima si ha quando il titolare dell'interesse sia assicurato, per lo stesso interesse, contro gli stessi rischi e per lo stesso tempo, presso diversi assicuratori; essa può aver luogo per fatto volontario o meno del titolare dell'interesse ovvero per iniziativa dello stesso assicuratore, che voglia ripartire il rischio con altri assicuratori. Inoltre perché si abbia assicurazione plurima è necessario che le assicurazioni siano cumulative e non sussidiarie l'una rispetto all'altra, che siano destinate cioè a cumularsi e ad operare congiuntamente.**

Una assicurazione è sussidiaria rispetto ad un'altra quando vengono ceduti ad un altro assicuratore i diritti verso il precedente, ovvero è condizionata all'invalidità della prima assicurazione o alla insolvenza del primo assicuratore.

**L'assicurazione presso diversi assicuratori può attuarsi nelle due forme dell'assicurazione cumulativa quando contro lo stesso rischio, sullo stesso interesse e per lo stesso tempo sono concluse separatamente più assicurazioni.** In caso di sinistro gli assicuratori si considerano obbligati solidali fino a concorrenza dell'importo del danno da risarcire, con diritto di regresso di chi ha pagato verso gli altri in ragione dell'indennità dovuta proporzionalmente da ciascuno e riparto delle quote degli eventuali insolventi tra gli altri.

**Si ha coassicurazione, frequente nella pratica per l'assicurazione di rischi particolarmente gravosi, quando contro lo stesso rischio, sullo stesso interesse e per lo stesso tempo, viene preventivamente concordata tra gli assicuratori la ripartizione della somma assicurata.**

Ciò che distingue la coassicurazione dall'assicurazione cumulativa è appunto il preventivo accordo che manca nella seconda. Nella coassicurazione non vi è solidarietà tra gli assicuratori e di conseguenza non vi è nemmeno diritto di regresso di un assicuratore verso l'altro. Essa può attuarsi in diversi modi: con unico contratto o con più separati contratti; direttamente con tutti i diversi

**assicuratori o con uno che agisce in nome di tutti. Anche quando vi è un contratto unico, ciascun assicuratore risponde della sua quota essendo esclusa la solidarietà.**

Quanto esposto sarebbe già più che sufficiente per escludere che la compagnia assicuratrice Aurora possa agire in surroga del proprio assicurato Bacciocchi Livio.

*Afferma il professor Nicola Gasperoni (estensore della voce “assicurazioni contro i danni”, in Novissimo Digesto Italiano, Torino 1964, vol. I, pag. 1448): “qualora vi sia un terzo responsabile del sinistro di fronte al quale l'assicurato vanta un diritto al risarcimento del danno subito egli non può esercitare questo diritto, altrimenti, essendo indennizzato dall'assicuratore verrebbe a conseguire una doppia indennità.*

*La legge pertanto all'art. 1916 C. Civ. dispone che l'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino a concorrenza dell'importo pagato, nei diritti dell'assicurato contro il terzo responsabile del danno. Con tale surrogazione legale si persegue la triplice finalità di salvaguardare il principio indennitario, evitando la locupletazione dell'assicuratore, di tutelare il principio di responsabilità, evitando l'esonero del terzo e di salvaguardare il patrimonio dell'assicuratore, senza per altro consentirgli un indebito arricchimento dato che i premi si calcolano, tenendo conto dei casi in cui il danno può essere risarcito dal terzo mediante la surroga assicuratoria.*

*Nonostante la denominazione legislativa di surroga, la natura giuridica del trasferimento legale dall'assicurato all'assicuratore dei diritti contro il terzo responsabile è assai controversa. Sono senza dubbio da respingere le tesi che inquadrano la surroga assicuratoria sul piano processualistico (legittimazione ad agire concessa all'assicuratore per far valere il diritto dell'assicurato verso il terzo) dato che, a tacer d'altro, l'art. 1916 parla di surrogazione nei diritti dell'assicurato e quindi a chiare note si riferisce all'ipotesi in cui chi agisce, intervenuta la surroga, sia titolare del diritto e così pure debbono respingersi le opinioni che si ricollegano alla cosiddetta fiducia processuale (sostituzione volontaria processuale, mandato senza rappresentanza con carattere fiduciario, rappresentanza indiretta, ecc.) per l'assorbente rilievo che in molte delle ipotesi della cosiddetta fiducia processuale (sostituzione nell'attività giuridica altrui) chi agisce in nome proprio per far valere un diritto altrui ciò fa per un proprio interesse, mentre l'assicurato in ogni caso agirebbe in giudizio in nome proprio e per conto dell'assicuratore e non già per un proprio specifico interesse.*

*Ma a ben considerare, la surroga assicuratoria non può essere ricondotta neanche alla surrogazione legale contemplata dall'art. 1203 C. Civ. perché tra il fenomeno dell'art. 1916 e quello di cui all'art. 1203 corrono sostanziali differenze soprattutto sotto il profilo della diversa relazione che intercorre, nei fenomeni considerati, tra il pagamento e il rapporto obbligatorio a cui si riferisce la surrogazione. Nella surrogazione – come ha posto in luce esattamente l'Andreoli – la surrogazione è disposta relativamente a quel diritto di credito cui il pagamento si riferisce e non ad altro diritto di credito; nella surroga ex art. 1916 invece vi sono due debitori a titolo diverso, siamo di fronte a due obbligazioni che, se anche preordinate al risarcimento del medesimo danno, hanno causa e titolo diverso: l'una, a cui è tenuto il terzo (responsabilità per fatto illecito), l'altra a cui è tenuto l'assicuratore (derivante dal contratto di assicurazione); la prestazione dell'indennità dall'assicuratore all'assicurato non può esser perciò considerata come pagamento del diritto di credito dell'assicurato verso il terzo. In realtà nella surrogazione ex art. 1916 C. Civ. si ha un trasferimento del diritto dall'assicurato all'assicuratore e successione del secondo nei diritti del primo, un fenomeno analogo cioè a quello della cessione legale del credito, che si ha quando un*



*terzo estraneo succede ope legis nel lato attivo di un rapporto obbligatorio, senza che si abbia adempimento dell'obbligazione e indipendentemente da una qualsiasi attività del debitore.*

*La surroga dell'assicuratore diventa efficace nei confronti del terzo responsabile in virtù del semplice pagamento dell'indennità assicurativa all'assicurato e non occorre quindi che l'assicuratore dia comunicazione al terzo del corrisposto indennizzo e gli manifesti la volontà di valersi della surroga disposta dall'art. 1916.*

*Poiché, come si è visto, la surrogazione è una successione nel credito, l'assicuratore acquista un diritto derivato, assume cioè nei confronti del terzo la stessa posizione dell'assicurato, sì che il terzo potrà opporgli tutte le eccezioni opponibili all'assicurato. Dalla stessa natura derivativa consegue che qualunque pregiudizio apportato dall'assicurato al diritto verso il terzo viene a ricadere sull'assicuratore, che pertanto ha diritto di essere risarcito dall'assicurato (art. 1916 secondo comma), ad esempio con una corrispondente riduzione dell'indennità dovutagli se non ha ancora effettuato il pagamento.*

*Implicando la surroga assicuratoria una successione dell'assicurato nei diritti dell'assicuratore dovrà trovare applicazione l'art. 111 C. Proc. Civ. che regola la successione a titolo particolare nel diritto controverso: quindi, se dopo iniziato il processo contro il terzo responsabile l'assicurato viene risarcito dall'assicuratore, il processo prosegue tra il terzo e l'assicurato, che assume così la veste di sostituto processuale dell'assicuratore. Era assai disputato sotto il regime del Codice di Commercio, se il diritto di surroga nei confronti del terzo responsabile del danno fosse applicabile anche nell'assicurazione privata contro gli infortuni. Il nuovo Codice al terzo capoverso dell'art. 1916 elimina ogni questione riconoscendo espressamente l'applicabilità della surroga legale anche in questo ramo di assicurazioni”.*

Se tale è la soluzione della questione nel diritto italiano, sicuramente diversa e contraria è quella seguita nel diritto sammarinese. Con sentenza di primo grado 26 agosto 1949 (emessa nella causa civile n. 35 dell'anno 1946 – Giur. Samm., anno 1963, pag. 229) il Commissario della Legge avv. Giacomo Ramoino autorevolmente dichiarò: **“mentre secondo il diritto italiano (art. 1203 C.C.) la surrogazione legale si avvera in favore di chi soddisfa un debito al pagamento del quale era tenuto con altri o per altri, invece secondo il diritto romano comune coloro che eseguiscono detto pagamento non hanno la surrogazione di pieno diritto ma, per poter agire verso gli altri obbligati o coobbligati, devono farsi cedere in modo espresso, le proprie azioni (cedendarum actionum) da colui al quale hanno effettuato il pagamento** (leggi 13, 17, 36, 39 ff. de fides. Et mand. 46, 1 – leggi 2, 11, 14, 15, 21 Cod. de fid. et mand. 8, 41 – legge 27 in fine e 28 ff. de mandati 17, 1 – legge 95 parag. 10 ff. de solut. 46, 3).

**In mancanza della cessione non è possibile al cessionario di agire contro i debitori del cedente** (legge 39 ff. e 15 Cod. de fid.)”.

Nel caso di specie, non è stata fornita la benchè minima prova che l'assicurato Baccocchi Livio abbia ceduto le proprie azioni alla compagnia assicuratrice S.p.A. Aurora Assicurazioni.

Non è stata altresì data prova (ed anzi la parte attrice ha completamente trascurato l'argomento) dell'esistenza dell'altro fondamentale presupposto: la responsabilità civile per fatto illecito della S.p.A. Ultragas Italiana. Responsabilità sicuramente e definitivamente esclusa in sede penale e che non può più essere posta in discussione in

questa sede civile, in ossequio al principio dell'autorità del giudicato penale rispetto all'azione civile.

Applicando i criteri ed i principi sanciti dalla costante giurisprudenza questo Giudice con sentenza 3 luglio 1971 (emessa nella causa civile sommaria n.34 dell'anno 1966) affermò: **“a seguito dell'avvenuta costituzione di parte civile, il giudicato penale estende la sua autorità sopra l'azione civile, e tale azione ed il relativo giudizio non possono contraddire a ciò che venne irrevocabilmente deciso dal Magistrato Penale, e che questi era competente a decidere”**.

*L'impareggiabile Giudice delle Appellazioni prof. Guido Astuti, con sentenza 18 ottobre 1972, rigettò l'appello proposto avverso la sentenza che ritenne meritevole di piena conferma. Rilevò tuttavia che la delicatezza della questione avrebbe meritato meno sommaria motivazione da parte del giudice di primo grado e ritenne di dover procedere ad un più approfondito esame delle norme processuali e dei principi generali di diritto che regolano il rapporto tra l'azione penale e l'azione civile per risarcimento dei danni prodotti da fatto illecito. Rilevò l'Ecc.mo Giudice che, benchè le disposizioni del codice di procedura penale (in specie gli artt. 1, 9 e 12) non contengano una compiuta disciplina di tali rapporti “la questione può essere correttamente impostata e risolta facendo applicazione del principio fondamentale della unità o identità della funzione giurisdizionale, a cui consegue, come logico corollario, il principio dell'autorità del giudicato penale rispetto all'azione civile, autorità di cui il contenuto della sentenza penale segna l'estensione ed i limiti”. Affermò altresì il Giudice di secondo grado che, di fronte ad una sentenza penale irrevocabile, “l'autorità del giudicato penale si estende con la pienezza delle sue declaratorie, anche alla responsabilità civile” ed ovviamente, è logico aggiungere, alla concorrente responsabilità della parte lesa o di altri, nei casi in cui ne sia stata esplicitamente accertata e dichiarata la sussistenza. Concluse l'Ecc.mo Giudice: “è chiaro che una revisione della sentenza penale sarebbe, in questa sede, manifestamente inammissibile, per contrasto con il principio dell'autorità del giudicato”.*

*Le menzionate sentenze penali di primo e di secondo grado hanno definitivamente accertato la esclusiva responsabilità dell'imputato Bacciocchi Livio. Un'unica riserva è contenuta nella decisione di primo grado nella parte in cui, rimettendo le parti alla competente sede civile per la liquidazione del danno, precisa che in tale sede “dovrà tuttavia valutarsi se il comportamento della parte lesa Borgagni possa ed eventualmente in che misura configurare fatto colposo concorrente nella determinazione del sinistro e delle sue conseguenze”.*

Di responsabilità della S.p.A. Ultragas Italiana non vi è menzione, essendo stata espressamente esclusa nella relazione tecnica redatta dal perito giudiziario penale ing. Segà Cesare, le cui conclusioni sono state sottoscritte per accettazione anche dal geom. Parlani Saulo perito nominato dalla S.p.A. Agricoltura Assicurazioni (ora S.p.A. Aurora Assicurazioni) ed in particolare la sintetica definitiva conclusione: “La fuoriuscita di GPL non era imputabile alla bombola né a difetti di materiali relativi alle apparecchiature d'esercizio ma è appurato che vi è stato un anomalo ed imprudente uso delle apparecchiature predette in conseguenza del quale, il dipendente della ditta Bacciocchi Livio, sig. Borgagni Stefano, come riportato in atti, ha effettuato operazioni di sostituzione, nel caso specifico la rampa flessibile di una bombola sicchè ha determinato un ulteriore accumulo di gas a quello già fuoriuscito da quella in sostituzione. Poiché nel locale non si sono riscontrate sorgenti di innesco va dedotto, il

dipendente contrariamente ad ogni più elementare norma di sicurezza nel controllare la perfetta tenuta della rampa sostituita ha impiegato una fiamma libera. Dal che la dinamica dell'evento".

Nella testimonianza resa nel corso del giudizio il 6 settembre 1990 l'ing. Sega ha dichiarato: "riguardo la tenuta delle bombole dell'impianto furono fatte delle prove peritali ... e fu constatato insieme agli altri periti che non vi era nessuna perdita ... le bombole a cui ho fatto riferimento erano quelle fornite dalla Ultragas. Anche le bombole usate per le prove erano fornite dalla Ultragas. Le bombole della Ultragas coinvolte erano in ottimo stato e tutte immatricolate, la fuoriuscita di gas non si verificò dalle bombole ... la causa vera e propria cioè l'innescò che determinò l'esplosione del gas fu causata dallo stesso addetto al cambio delle bombole che invece di controllare la perdita con acqua saponosa fece tale controllo con la fiamma libera".

Vanamente e del tutto fuor di luogo nella memoria conclusionale il procuratore della parte attrice afferma che la sua rappresentata nella presente causa "ha agito principalmente per un diritto proprio, che le deriva dall'essere titolare di actio de in rem verso. Trattasi della cosiddetta azione per indebito arricchimento altrui".

**L'azione generale di restituzione è un mezzo ordinario di tutela offerto dal diritto romano comune, non solo nell'ipotesi della ripetizione dell'indebito, ma in ogni ipotesi di arricchimento ingiustificato o senza causa, per ottenere la restituzione di quanto fosse stato dato sulla base di un negozio o rapporto inesistente, o illecito, o estinto, od in vista di una prestazione corrispettiva che non fosse poi stata eseguita. La "condictio sine causa" compete al soggetto che abbia subito la diminuzione patrimoniale, nei confronti del soggetto che abbia beneficiato della corrispettiva attribuzione, indipendentemente da ogni considerazione sulla misura della effettiva e definitiva locupletazione; fondamento della legittimazione attiva è la datio o solutio sine causa, la quale rende ingiustificato l'acquisto per mancanza di causa per ritenerlo. Sotto questo profilo l'azione impropriamente suole qualificarsi come azione di arricchimento, perché essa si fonda sul fatto di avere ricevuto ciò che non era dovuto, e l'arricchimento, come effettivo e stabile aumento della consistenza patrimoniale, è solo una conseguenza accidentale ed eventuale, anche se normale, dell'ingiustificato acquisto; la condictio si differenzia perciò da altre azioni, le quali sono invece accordate solo nel limite dell'effettivo arricchimento esistente al momento della domanda "quatenus locupletior quis factus est".**

**Presupposti obiettivi della condictio sine causa sono:**

**a) il fatto della datio;**

**b) la mancanza di un titulus adquirendi, o di una causa retentionis, di una causa giuridica idonea a legittimare l'acquisto dell'accipiente.**

**Nella condictio sine causa non basta provare il fatto della datio, ma occorre provare altresì la inesistenza della causa per cui questa venne effettuata.**

A questi chiari principi, che devono essere puntualmente applicati per la decisione della causa, può unicamente aggiungersi la considerazione che il contratto di assicurazione, è a prestazione corrispettive (relazione sinallagmatica delle prestazioni dell'assicurato e dell'assicuratore), consensuale, oneroso, di durata ed economicamente aleatorio.

E' fatto notorio e di comune esperienza che l'assicurato può corrispondere il premio pattuito per un numero pressochè infinito di anni senza che mai si verifichi l'evento dannoso in previsione del quale è stato stipulato il contratto assicurativo. D'altro canto

l'assicuratore può trovarsi costretto, anche a seguito del pagamento in un unico premio, a corrispondere all'assicurato un consistente indennizzo.

In base alle premesse considerazioni, in fatto e in diritto, la domanda attrice, destituita di ogni qualsiasi giuridico fondamento, deve essere respinta.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a totale carico della parte attrice.

### 83.

Commissario della Legge (Dott. Francesco Viroli), 12 ottobre 1992.

S.A. Colorificio Sammarinese (Avv. M. Nicolini) : Ercolani Davide e Nanni Athos (Avv. G.B. Reffi), S.p.a. La Fondiaria Assicurazioni (Avv. G.B. Busignani) – Cause riunite n. 90, anno 1988, e n. 50, anno 1989.

#### **Locazione – Conduttore – Uso della cosa locata – Incendio – Responsabilità.**

*Il conduttore è responsabile delle perdite, dei guasti, dei danni, dei deterioramenti in genere, che avvengono durante il godimento, per effetto dell'uso o del cattivo uso della cosa locata.*

*Il conduttore è obbligato per l'incendio, tanto se il fuoco fu provocato da lui, o da un suo familiare o dipendente, tanto se il fuoco fu applicato da un estraneo.*

---

### FATTO

Con istanza avanzata il 31 marzo 1988 la società anonima Colorificio Sammarinese espose:

- 1) di avere stipulato in data 3 novembre 1987 un contratto di comodato, precario e gratuito con il sig. Ercolani Davide al quale concesse l'uso di una porzione di fabbricato industriale di proprietà della società istante, sito in località Dogana Bassa;
- 2) nella notte tra il 22 ed il 23 marzo 1988 si sviluppò un incendio che praticamente distrusse totalmente l'immobile concesso in comodato;
- 3) le modalità dell'incendio costituivano ancora oggetto di accertamento.

Quanto sopra esposto, la società anonima Colorificio Sammarinese convenne avanti a questo Tribunale il sig. Ercolani Davide, nella sua qualità di comodatario dell'immobile, ed il sig. Nanni Athos, nella sua qualità di titolare della licenza per la mostra e la vendita di mobili esercitata nel fabbricato, per sentirli condannare in solido al risarcimento dei danni subiti dalla società attrice a seguito dell'incendio verificatosi. Richiese inoltre la parte attrice di autorizzare il sequestro di beni mobili di proprietà dei convenuti fino a concorrenza della somma di lire 500.000.000=. Citazione e sequestro vennero autorizzati. Il sequestro venne eseguito dall'Ufficio Cursorile il 26 aprile 1988.

I convenuti si costituirono in giudizio a mezzo di procuratore; richiesero, sulla base dei documenti prodotti, ed ottennero, con decreto emesso il 4 ottobre 1988, che l'eseguito

sequestro conservativo venisse limitato fino a concorrenza della somma di lire 230.000.000=.

Con atto di citazione del 16 febbraio 1989 la società anonima Colorificio Sammarinese convenne la S.p.a. compagnia di assicurazioni La Fondiaria, quale ente assicuratore del convenuto Ercolani Davide, per sentirla condannare al risarcimento dei danni subiti da essa attrice in conseguenza dell'incendio verificatosi tra il 22 ed il 23 marzo 1988.

Con decreto 11 settembre 1989 venne autorizzata l'unione delle due cause civili per una comune istruzione e decisione. Nei rituali termini di prova e controprova vennero ammessi documenti prodotti dalle parti in causa; venne autorizzata la temporanea allegazione del fascicolo del procedimento penale n.138 dell'anno 1988; venne esaminato il teste geom. Busignani Luigi.

Trascorso il termine ad allegare e fissata l'udienza per la irrotulazione, i procuratori delle parti hanno prodotto le memorie conclusionali con le quali richiedono:

1) per la parte attrice: "condannarsi Ercolani Davide in solido con La Fondiaria Assicurazioni al pagamento verso ed in favore del Colorificio Sammarinese della somma di lire 168.000.000=, oltre ad una somma per il minor potere di acquisto della lira dal giorno del fatto 23 marzo 1988 al giorno del pagamento, oltre agli interessi legali, alle spese e competenze del presente procedimento";

2) per il convenuto Ercolani Davide: "l'Ercolani contraendo la polizza assicurativa dell'immobile locato ha inteso garantirsi contro il pericolo di danni, incendio compreso, trasferendo sull'ente assicuratore quel rischio; non esiste alcuna ragione plausibile né tanto più alcuna giuridica condizione di rapporti per la quale l'ente assicuratore possa sottrarsi al dovere di intervenire indennizzando l'Ercolani e per esso la società attrice che lo surroga ad ogni effetto";

3) per la convenuta s.p.a. compagnia di assicurazioni La Fondiaria: "si chiede respingere l'istanza attrice per carenza di legittimazione attiva della società anonima Colorificio Sammarinese e comunque dichiararsi, stante la natura dolosa dell'incendio e la non imputabilità dell'incendio a responsabilità dell'assicurato Ercolani Davide, che la compagnia di assicurazioni La Fondiaria a termini di polizza non è tenuta al risarcimento richiesto dalla società attrice".

## DIRITTO

"Nella notte tra il 22 e il 23 marzo 1988, in Dogana di Serravalle, si sviluppava un incendio che interessava – come da verbale di rilevamento dei Vigili del Fuoco – un capannone di circa m.1500 in ferro tamponato in laterizio con copertura in eternit, adibito a mostra di mobili ("al nostro arrivo il capannone era già completamente crollato e avvolto dalle fiamme", pag. 148); questo capannone era in collegamento, mediante un corridoio ("pieno di merce imballata che stava bruciando") con un edificio in muratura (vecchia sede del Colorificio Sammarinese) in una parte del quale, circa mq. 1000, vi era merce in stoccaggio".

(omissis)

Con sentenza emessa il 4 gennaio 1990 il Giudice di Primo Grado per le cause penali ordinarie assolse Ercolani Davide dal primo misfatto a lui ascripto per non constare abbastanza la sua colpevolezza e dal secondo "perché il fatto non sussiste".

Contrariamente a quanto sostenuto dai procuratori delle parti convenute, deve affermarsi che **la formula assolutoria dubitativa non preclude alla parte attrice l'esercizio**

**dell'azione civile. In tal senso si esprime la costante giurisprudenza.** Fra tante altre si citano le decisioni più recenti:

- sentenza di secondo grado 20 settembre 1965 (Giur. Samm., anni 1964-1969, pag. 143): *“deve al riguardo ricordarsi che, come già è stato ripetute volte deciso, l'assoluzione in sede penale, anche con declaratoria che il fatto non presenta gli estremi di reato (art. 12 C.P.P.), non impedisce l'esercizio dell'azione civile, in quanto la colpa necessaria ai fini dell'imputabilità di un reato è diversa da quella sufficiente a produrre la responsabilità civile per danni cagionati da fatto illecito, poiché “in lege Aquilia et levissima culpa venit”, e secondo i più certi principi di diritto comune è sufficiente una negligenza, una imprudenza, una omissione per determinare una tale responsabilità, con il conseguente obbligo di risarcimento”*;

- sentenza di primo grado 9 maggio 1964 (Giur. Samm., anni 1964-1969, pag. 237): *“posto che l'azione civile sia formalmente possibile si presenta, con carattere preliminare, un'altra grave questione di carattere sostanziale e cioè se il giudicato penale (passato in cosa giudicata) che proscioglie dalla responsabilità penale impedisca od estingua l'azione civile riparatrice derivante dal medesimo fatto. Il vigente codice di procedura penale italiano stabilisce, in particolare quando vi è stata costituzione di parte civile, la impossibilità dell'azione civile (art. 25, 26, 27). Il codice di procedura penale sammarinese stabilisce all'art. 12: “terminato il giudizio penale può riassumersi il giudizio civile quante volte l'inquisito o sia stato condannato o abbia riportato l'assoluzione per motivo che il fatto non presentava gli estremi di reato” dal che potrebbe dedursi che il codice sammarinese ha inteso seguire la teoria (prevalente nel tempo in cui venne emanato) che la esclusione di una colpa capace di generare una condanna penale non può precludere l'accertamento di una colpa di minore intensità ma tale da imporre al colpevole l'obbligo del risarcimento dei danni a favore della parte offesa (e ciò nei casi in cui non sia escluso il “fatto”). In proposito giustamente osserva il Caliendo (“Efficienza del Giudicato Penale nel giudizio civile di risarcimento”, in Rivista Penale 1931, I, 516) “la colpa penalmente perseguibile non è qualunque anche minima inosservanza delle norme di condotta ma quella inosservanza delle stesse norme caratterizzata da un particolare grado che renda socialmente pericoloso e temibile l'agente e pertanto meritevole della sanzione della pena. La colpa civile invece che non consente grado – perché non consente valutazione della personalità del reo avendo di mira il ristabilimento, per via di equivalente del patrimonio alterato – è dalla considerazione obiettiva del danno che riceve rilevanza giuridica”*;

- sentenza di secondo grado 14 febbraio 1974 (Giur. Samm., anni 1970-1980, pag. 167): *“la giurisprudenza sammarinese ha avuto più volte occasione di pronunziarsi e si può dire ormai consolidata. Sul fondamento di essa si può affermare, per quanto interessa il presente giudizio, che la sentenza penale assolutoria non preclude l'esercizio dell'azione per risarcimento di danni in sede civile, tutte le volte in cui essa sentenza si sia conclusa con formula diversa da quella “perché il fatto non sussiste” o dall'altra “che l'imputato non lo ha commesso” o con l'altra ancora “perché non vi è sufficiente prova circa la sussistenza o la commissione del fatto” (cfr. per tutte la sentenza di secondo grado 18 ottobre – 16 novembre 1972). La giurisprudenza ora richiamata, e che concorda nella sostanza con gli orientamenti dottrinali, legislativi, e giurisprudenziali degli ordinamenti moderni sembra al giudicante che concili il principio della unità della giurisprudenza con l'altro per il quale i requisiti perché si abbia responsabilità civile sono diversi da quelli richiesti perché si abbia responsabilità*

*penale. Di conseguenza il fatto che nel giudizio penale non sia stata raggiunta la prova del dolo o della colpa dell'imputato, o che il reato si sia estinto e via di seguito non può sbarrare il passo all'esercizio dell'azione civile in sede ordinaria, anche quando il titolare di questa si sia costituito parte civile nel processo penale".*

Da questo complesso di principi e di norme questo Giudice non ritiene di doversi discostare ed anzi ritiene che la causa deve essere decisa facendone puntuale applicazione. Ora la sentenza penale del 4 gennaio 1990 ha mandato assolto l'Ercolani per non constare a sufficienza la sua colpevolezza, e per tanto con una formula che non preclude l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento dei danni.

Sono stati regolarmente prodotti ed ammessi agli atti di causa:

1) la scrittura privata stipulata il 3 novembre 1987 con la quale la società anonima Colorificio Sammarinese concesse in comodato precario gratuito al sig. Ercolani Davide "una porzione di vecchio fabbricato industriale (ex sede del Colorificio Sammarinese), sito in Dogana Bassa di questa Repubblica"; di fondamentale importanza, ai fini della decisione, è l'articolo 2 del contratto con il quale venne convenuto: "il bene immobile viene ceduto in comodato precario gratuito nello stato di fatto e di diritto in cui esso attualmente si trova e così dovrà essere restituito alla società comodante";

2) la polizza di assicurazione n. 195.501848.53 stipulata il 30 ottobre 1987 dal convenuto Ercolani Davide con la compagnia di Assicurazioni La Fondiaria, Agenzia Generale di Rimini, con la quale, tra l'altro, viene prestata garanzia per il rischio locativo fino a concorrenza di £. 400.000.000=; particolare rilevanza va attribuita alla clausola contenuta nell'intercalare della polizza in base alla quale "a parziale deroga dell'articolo 3 comma B delle condizioni generali di assicurazione la società è obbligata anche se il sinistro è stato cagionato con colpa grave dell'assicurato";

3) l'atto di accordo conservativo, sottoscritto il 13 settembre 1988, con il quale il geom. Busignani Luigi, perito della compagnia di assicurazioni La Fondiaria, il geom. Corbelli Aleardo, perito della società anonima Colorificio Sammarinese, il geom. Gotti Giuliano, perito del convenuto Ercolani Davide, "riconoscono e concordano che i danni ai locali, come da conteggi allegati, conseguenti all'incendio di cui all'oggetto, ammontano a complessive £. 168.000.000= al netto degrado per vetustà. Il danno resta pertanto accertato e concordato dalle parti nell'importo di cui sopra, fatta salva la questione della responsabilità".

*Nello specifico precedente "in terminis", la causa civile sommaria n. 392 dell'anno 1977 promossa da Giacomoni Aleardo contro Gatti Giovanni (inspiegabilmente ignorato dai procuratori delle parti in causa) il Consiglio dei XII (ricependo integralmente il dotto ed autorevolissimo parere espresso dal Consulente nominato professor Victor Crescenzi) con la decisione di terzo grado otto novembre 1988 premise e confermò i principi generali:*

*1) il danno ingiusto, causato ad un terzo, fa sorgere in capo al soggetto agente l'obbligazione al risarcimento;*

*2) è danno ingiusto la diminuzione economica che si produce "nullo iure": tale è non solo l'atto connotato dall'aspetto soggettivo del dolo, ma anche quello che deriva dalla colpa;*

*3) in caso di incendio si presume la colpa di colui che lo ha provocato, il quale deve provare che il proprio comportamento è esente da colpa, oppure può evitare la condanna "si probetur a quo processit ignis".*

*In merito al particolare “thema decidendum” il Consiglio dei XII affermò: “il deterioramento materiale causato dall’esplosione di cui si parla, infatti si è verificato in due sfere patrimoniali: sia nella sfera patrimoniale del Giacomoni, per quanto attiene ai beni adiacenti all’officina del Gatti e dei quali questi non aveva né l’uso né la detenzione; sia nella sfera patrimoniale del Gatti, ossia nell’immobile bensì di proprietà del Giacomoni, ma al momento del sinistro nella detenzione del Gatti in forza di un contratto di locazione intercorso tra le due parti ... per quel che concerne i beni immobili ricevuti in locazione, esiste in capo al Gatti responsabilità specifica del conduttore nei confronti del locatore, al quale, per espressa disposizione contrattuale avrebbero dovuto essere restituiti, al termine della locazione, nelle stesse buone condizioni iniziali (punto 13 del contratto di locazione del 2 settembre 1970). E ciò non per responsabilità oggettiva, come vuole il Giacomoni, ma proprio per obbligo di adempimento, che è soggettivamente determinato fin dal momento genetico e che in quanto tale male si riconnette alla categoria della responsabilità oggettiva, sorprendentemente richiamata in questa sede ... tutto ciò nulla ha a che vedere con la nozione della responsabilità oggettiva, la quale appunto perché tale, sembra piuttosto scaturire direttamente dall’ordinamento, senza passare per una valutazione qualsiasi del comportamento di colui al quale è per l’appunto oggettivamente imputata, e non può essere confusa con gli obblighi assunti con atto di autonomia privata, che si presumono sorretti da una specifica volontà ad obbligarsi, quale è paradigmaticamente quella che sostanzia il contratto.*

*Quando si sarà prestata la debita attenzione sul fatto che è relativamente meramente casuale la circostanza che il Giacomoni è il soggetto titolare sia degli immobili adiacenti all’officina quando si è verificato il sinistro, sia della custodia dei beni mobili ivi collocati e per propagazione degli effetti dannosi, conseguentemente danneggiati, sia dei beni dati in locazione al Gatti, nei quali questi gestiva un’officina meccanica, dei quali aveva dunque la detenzione e che era tenuto per contratto a restituire in buone condizioni, le stesse nelle quali li aveva ricevuti, si sarà compiuto un notevole passo avanti nell’esatta configurazione della domanda dell’attore Giacomoni e di conseguenza nella più precisa collocazione giuridica della correlata domanda riconvenzionale del Gatti. L’azione del Giacomoni in realtà non è volta solo all’accertamento di una responsabilità aquiliana del Gatti, bensì si scinde in due capitoli, il primo dei quali postula una responsabilità per l’appunto aquiliana, cioè extra-contrattuale, del convenuto per ciò che attiene i beni che per brevità si diranno non dati in locazione ma danneggiati dal sinistro materialmente originato dall’officina del Gatti; il secondo capitolo, per altro verso, concerne l’accertamento di un inadempimento del Gatti dell’obbligazione contrattuale che trae origine dal citato punto 13 del contratto di locazione. Ciò comporta che l’onus probandi in capo al Giacomoni era volto alla dimostrazione della responsabilità extra-contrattuale del Gatti solo con riferimento ai danni subiti dai beni non dati in locazione; invece per quanto riguarda i beni locati al Gatti sarebbe stata sufficiente l’esibizione del contratto di locazione in base al quale il Gatti era tenuto alla restituzione di tali beni nelle buone condizioni originarie per ottenerne la condanna. Per tale danno egli non avrebbe avuto da dimostrare alcunchè di più, potendo pretendere dal Gatti il restauro del pristino stato anche se non avesse potuto provare che il sinistro fu causato per fatto del Gatti o per fatto comunque a lui non imputabile. E ciò senza pregiudizio del potere del Gatti di rivolgersi ad un eventuale terzo agente del danno”.*



Il giudicato potrebbe qui arrestarsi. Appare tuttavia opportuno portare ulteriori argomentazioni alla citata autorevolissima ma sintetica decisione.

Può affermarsi che **uno dei principali obblighi contrattuali del conduttore è quello di servirsi della cosa locata da buon padre di famiglia, della qual cosa egli diviene il custode necessario.**

Conviene qui ricordare gli insegnamenti di Ulpiano e di Gaio. Afferma il primo: “item prospicere debet conductor, ne aliquo vel ius rei, vel corpus deterius faciat, vel fieri patiatur”. Aggiunge il secondo: “conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et ante omnia colonus curare debet ut opera rustica suo quoque tempore faciat ne intempestiva cultura deteriore fundum faceret; praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat” (Dig. De locati conducti, 19, 2, 11, 2 e 25, 3).

**Queste regole generali, che obbligano il conduttore ad agire da buon padre di famiglia, si riferiscono a due diversi ordini di obbligazioni tra loro affini: l'uno consiste nel precetto di vegliare alla custodia della cosa locata e di avvertire il locatore dei danni che i terzi causino alla cosa stessa; l'altro si connette all'abuso od al cattivo uso della cosa, che può avvenire per effetto del dolo e anche per effetto della sola colpa del conduttore.**

La diligenza che il conduttore deve impiegare nel servirsi della cosa locata non è un precetto isolato, poiché tale diligenza costituisce una regola per l'adempimento di qualsiasi obbligazione. Il conduttore è una specie di depositario, al quale è affidata la custodia di un oggetto che ha un valore per sé stesso e pertanto al depositario è imposto di custodire la cosa depositata con la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie.

Il conduttore è perciò responsabile delle perdite, dei guasti, dei danni e dei deterioramenti in genere che avvengono durante il godimento e per effetto dell'abuso o del cattivo uso della cosa a lui affidata. Il conduttore ha l'onere di provare che i guasti ed i deterioramenti sono avvenuti senza sua colpa. Egli, avendo il possesso della cosa, è incaricato di sorvegliarla, è obbligato a goderne da buon padre di famiglia, deve provvedere in modo che nessun danno derivi alla cosa stessa.

Questa disposizione non deroga ai principi generali stabiliti dal diritto comune in tema di obbligazioni. Infatti il conduttore, obbligato a restituire la cosa nello stato di fatto e di diritto in cui l'ha ricevuta è sostanzialmente debitore di una cosa certa e determinata e pertanto non può scagionarsi solo affermando che essa è rimasta deteriorata, ma deve provare che ciò è avvenuto per caso fortuito e quindi senza sua colpa. **Ma il proprietario, che richiede la restituzione della cosa, non deve provare, prima di ogni eccezione, che il conduttore è in colpa; il suo diritto è fondato sul contratto e sulla consegna fatta al conduttore: questo è tutto ciò che egli deve provare. Chi domanda la riparazione di un danno derivante da delitto o da quasi-delitto deve provare l'esistenza del delitto o del quasi-delitto. In altri termini, non trattandosi di azione aquiliana, in cui si applica il principio “nemo praesumitur in culpa” e in cui perciò la dimostrazione della colpa spetta all'attore, ma di una azione contrattuale, il conduttore, che è debitore della restituzione della cosa nello stato in cui l'ha ricevuta, deve essere condannato al risarcimento dei danni ove non provi che l'inadempimento sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile. La condizione del conduttore è perfettamente eguale a quella di ogni altra persona obbligata dalla legge o dalla convenzione alla conservazione della cosa altrui, quale**

**è la condizione del comodatario, dell'usufruttuario, del pignoratario e del depositario.**

**In particolare, per quanto qui interessa, il conduttore è obbligato per l'incendio, poiché le cause dell'incendio, che possono essere addebitate al conduttore, sostanzialmente si riducono ad una sola e cioè la sua colpa.** Questo lato della responsabilità del conduttore non soltanto rientra nella categoria delle obbligazioni che egli ha di servirsi della cosa locata da buon padre di famiglia, ma si confonde con l'obbligo specifico, appartenente alla stessa categoria, di rispondere dei deterioramenti e delle perdite che avvengono durante il suo godimento, quando non provi che siano avvenute senza sua colpa.

**Sussiste la responsabilità del conduttore tanto se il fuoco fu provocato da lui, o da un suo familiare o dipendente, tanto se il fuoco fu appiccato da un estraneo: "sed etsi quilibet extraneus ignem iniecerit, damni locati habetur ratio"** (Dig. De locati conducti, 19, 2, 12).

In ogni modo, la colpa, la negligenza e l'imprudenza del conduttore si deducono dalle circostanze di fatto che variano infinitamente da un caso all'altro e debbono pertanto essere lasciate al prudente apprezzamento del Giudice, che può anche fondare il suo convincimento sulle risultanze di un precedente giudizio penale, in cui siano state dibattute le medesime circostanze di fatto.

La negligenza, l'incuria, la "culpa in custodiendo et vigilando" del comodatario Ercolani Davide sono più che ampiamente provate dalla perizia del primo agosto 1988 e dalla perizia suppletiva del 17 agosto 1989, redatte dal perito giudiziario ing. Giuseppe Ferri, allegate agli atti del procedimento penale n. 138 dell'anno 1988.

(omissis)

Questo Giudice non può esimersi dal rilevare che le risposte del perito giudiziario risultano condizionate dai quesiti posti dal magistrato penale che essenzialmente si fondano sull'ipotesi che l'incendiario, trasportando le taniche di benzina, si sia introdotto nell'immobile dall'esterno scavalcando in qualche punto la modesta recinzione esistente. Al contrario può ben sembrare fondato il sospetto, soltanto adombrato nelle contestazioni finali, che le taniche di benzina e l'altro materiale occorrente fossero già stati in precedenza predisposti all'interno della mostra o del magazzino.

Comunque sia di ciò, è pienamente provata la mancanza di lucchetti e di serrature, l'esistenza di porte e portoni esterni semplicemente accostati, quella di enormi fori nei muri sprovvisti di qualsiasi protezione o chiusura.

Certamente non si pretende l'installazione di una sonda termica o la presenza continua di un custode notturno, come richiesto dal procuratore della parte attrice nella memoria conclusionale. Vero è che le disastrose condizioni degli accessi all'immobile di cui si tratta, più che una protezione, costituivano un invito ad accedere all'interno per chiunque lo avesse voluto.

Come già si è detto i periti delle parti hanno concordemente determinato nella somma di £. 168.000.000= il danno subito dalla parte attrice. Della predetta somma la società anonima Colorificio Sammarinese richiede la rivalutazione, che appare fondato ed equo accordare.

La svalutazione monetaria è un fatto intervenuto successivamente all'evento dannoso e non può operare a favore del debitore, che ritarda il pagamento di una obbligazione pecuniaria, ormai scaduta, e che pertanto si rende responsabile dei danni che sono cagionati al creditore, compresi quelli che sorgono dalla svalutazione monetaria

intervenuta successivamente. Il danno cagionato deriva dunque all'attrice dall'accertato minore potere di acquisto della moneta, che è costretta a subire per non averne avuto l'immediato possesso e quindi la piena disponibilità, che consegue al pagamento di una obbligazione pecuniaria anche derivante da un danno. L'accertamento di tale danno è da assumersi come fatto notorio, in quanto conoscenza diffusa e comune e pertanto, ai fini di causa, può ritenersi ampiamente provato. Sempre in via equitativa la somma determinata dai periti può rivalutarsi in quella di £. 180.000.000=.

In base alle premesse considerazioni in fatto ed in diritto i convenuti Ercolani Davide, Nanni Athos e la compagnia di assicurazioni La Fondiaria devono essere condannati al pagamento in solido in favore dell'attrice società anonima Colorificio Sammarinese della somma di £. 180.000.000=.

Sulla predetta somma sono dovuti gli interessi alla legale ragione del sette per cento dalla data del sinistro a quella dell'effettivo pagamento.

Canonizzato il credito, deve essere confermato il sequestro eseguito sui beni mobili di proprietà del convenuto Ercolani Davide fino a concorrenza di £. 230.000.000= dall'Ufficio cursorile in data 11 aprile 1988.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno perciò poste a carico solidale dei convenuti.

#### 84.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 14 ottobre 1992.

Monaldi Donatella (Avv. G. Belluzzi) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. L. Daniele e G.B. Busignani) – Causa n. 341, anno 1990.

**Cittadinanza – Donna straniera coniugata con cittadino sammarinese – Facoltà di mantenere la cittadinanza di origine o di richiedere quella sammarinese – Termine non perentorio.**

*E' accordata dalla legge, alla donna straniera coniugata con cittadino sammarinese, la facoltà di mantenere la cittadinanza di origine o di richiedere quella sammarinese.*

*Il termine di sei mesi, dalla legge prescritto per l'esercizio della facoltà, non può ritenersi perentorio<sup>89</sup>.*

---

(omissis)

#### 85.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 23 novembre 1992.

---

<sup>89</sup> La Legge 27 marzo 1984 n. 32 è stata abrogata dalla Legge 30 novembre 2000 n. 114, che adotta criteri diversi.

S.p.A. Comit Factoring (Avv. G. Micheloni) : Reggini Gian Luigi, quale liquidatore della procedura di liquidazione coattiva della S.A. Regia 5 Azienda Servizio moda (Avv. G. Burgagni) – Causa n. 45, anno 1991.

**Contratto di factoring – Cessione di credito – Ermeneutica contrattuale.**

*Il factoring è un contratto costituito dal trasferimento di crediti commerciali, contro corresponsione dell'importo dei crediti stessi, da un imprenditore cedente al factor, che assume la qualifica di cessionario. Si tratta quindi di un contratto di finanziamento. Per la disciplina del contratto di factoring occorre fare riferimento a quella della cessione di credito.*

---

**FATTO**

Con atto di citazione in data 6 febbraio 1991 la società per azioni Comit Factoring, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, ha convenuto avanti a questo Tribunale il rag. Gian Luigi Reggini, nella sua veste di liquidatore nella procedura di liquidazione coattiva della società anonima Regia 5 - Azienda Servizio Moda, per sentirlo “ordinare l'ammissione del credito insinuato dalla Comit Factoring s.p.a. (ins. n. 10) nello stato passivo della Regia 5 in liquidazione coattiva, oltre agli interessi concordati in regolare contratto e maturati per un totale saldo di L. 150.872.413=. Con condanna inoltre alle spese ed onorari del presente giudizio”.

Esponeva l'attrice che il convenuto, nella relazione sullo stato passivo della s.a. Regia 5 non ha ammesso il credito di L. 137.086.541= insinuato da essa attrice con atto del 31 maggio 1988, derivante da una “cessione contrattuale di *factoring* dei crediti portati dalle fatture emesse a carico della Ascot s.a. per fornitura di merce”. In data 7 luglio 1987 la Comit Factoring ha convenuto in giudizio la s.a. Ascot per ottenere la condanna della stessa al pagamento del credito ceduto; ma in tale causa civile (n. 147 dell'anno 1987) non era stata ancora emessa la sentenza, che si presentava - ad avviso della procura attrice - come pregiudiziale per la definizione dei rapporti tra la società istante e la s.a. Regia 5.

All'udienza fissata si costituiva il convenuto a mezzo di procuratore.

Con decreto in data 16 aprile 1991, in considerazione che l'art. 46 della legge n. 45 del 1942 stabilisce che sulle opposizioni al progetto di ripartizione “il Tribunale con rito sommario decide in merito”, si affermava la sommarietà della procedura e venivano aperti due termini di prova, costituiti ciascuno da un unico giorno utile, comuni ad entrambe le parti.

Nel corso dei concessi termini di prova venivano ammessi documenti e veniva disposta l'allegazione agli atti di causa del fascicolo relativo alla causa civile n. 147 dell'anno 1987, ormai definita con sentenza.

Aperto il termine ad allegare solo la procura attrice ha depositato in atti la memoria conclusionale. All'udienza del 15 ottobre 1992 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo veniva trattenuto per la decisione.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso chiedendo “accogliere le istanze di cui alla citazione del 6 febbraio 1991 e condannare la procedura di liquidazione coattiva Regia 5 rappresentata come in epigrafe dal rag. Reggini Gianluigi alle spese del presente giudizio che si indicano in complessive L. 6.150.000= ed ammettersi in favore della attrice società il credito insinuato con atto n. 10 del 31/05/1988 di Lire 137.086.541 aggiornato con gli interessi maturati al 25 febbraio 1987”.

## DIRITTO

1. La presente causa costituisce una opposizione allo stato passivo depositato dal rag. Gian Luigi Reggini, liquidatore giudiziale della società anonima Regia 5 Azienda Servizio Moda, in liquidazione coattiva.

Tale causa è stata introdotta ai sensi dell’art. 46 della legge 21 dicembre 1942 n. 45, il quale dispone: “sorgendo opposizioni al progetto di ripartizione, purché proposte mediante citazione del liquidatore dentro un mese dalla scadenza del termine di cui all’articolo precedente ultimo comma [di sessanta giorni dalla data della notizia del deposito presso la Cancelleria], il Tribunale con rito sommario decide in merito mercé unica sentenza definitiva”.

Dal disposto della citata norma si evince, pertanto, che il rito processuale deve essere “sommario”.

Secondo quanto autorevolmente affermato dalla dottrina, **“nelle cause sommarie nessuna forma è tassativamente determinata, perché la specialità di queste cause risiede particolarmente nell’arbitrio lasciato al giudice a tracciare il cammino della causa, osservati nondimeno alcuni canoni fondamentali, e principalmente: 1) una osservanza gelosa del contraddittorio [...]. 2) rappresentanza legittima delle parti [...]. 3) sentenza sempre, o pronunciata o per lo meno redatta per iscritto. 4) riserva delle questioni di merito, o di ardua soluzione, che eventualmente insorgessero nel corso della procedura sommaria, che devono essere rimesse per la trattazione con la procedura ordinaria”** (T.C. GIANNINI, *Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese*, 2° ed. riveduta dal dott. F. Viroli, San Marino, 1967, p. 101).

In tale fattispecie questo giudicante ha ritenuto di accordare due termini, ciascuno di un unico giorno utile, comuni ad entrambe le parti, per la prova e la riprova. I principi sopra richiamati devono, quindi, dirsi rispettati.

Si deve inoltre, rilevare, e sempre in via preliminare, che la procura convenuta non ha depositato in atti la propria memoria conclusionale nel termine stabilito dall’art. 3 sub 9 della legge 19 gennaio 1989 n. 5. Da tale mancata presentazione non può trarsi conseguenza alcuna a sfavore della parte convenuta, in quanto, come ha ripetutamente affermato la giurisprudenza sammarinese, nel caso che la memoria difensiva venga presentata fuori termine (o non sia presentata affatto) “la causa deve essere egualmente vagliata e decisa in quanto le istanze delle parti vengono fissate con la contestazione della lite” (Sentenza del Commissario della Legge in data 10 agosto 1921, in *Giur. Samm.*, 1921, p. 8. Cfr., nello stesso senso, la sentenza del Commissario della legge in data 28 aprile 1923, in *Giur. Samm.*, 1923, p. 23). Di conseguenza, essendo nella presente fattispecie avvenuta a sua tempo la regolare contestazione della lite, il giudice deve pronunciarsi sulla domanda contenuta nell’atto di citazione.

2. In definitiva, la procura attrice chiede l’ammissione al passivo nella liquidazione coattiva della società anonima Regia 5 - Azienda Servizio Moda di un credito di L.

137.086.541=, cui devono aggiungersi gli interessi maturati al 25 febbraio 1987. Tale credito deriva da un contratto di *factoring* concluso dalla attrice con la società Regia 5 Azienda Servizio Moda, in forza del quale quest'ultima aveva ceduto alla prima crediti vantati nei confronti della società ASCOT s.a. per precedente fornitura di merce.

Tali crediti non venivano pagati dalla debitrice ceduta ASCOT s.a., la quale eccepiva la compensazione, e la società attrice provvedeva a convenirla in giudizio (causa civile n. 147 del 1987) per sentirla condannare al pagamento. Con sentenza in data 31 ottobre 1991 il Commissario della Legge, in accoglimento delle istanze attrici, condannava la società ASCOT "al pagamento in favore della parte attrice S.P.A. Comit Factoring della somma di L. 174.745.000=".

Sempre in dipendenza dallo stesso rapporto contrattuale, la società attrice insinuava nella procedura di liquidazione della società anonima Regia 5 il credito di L. 137.086.541= "maturato a suo tempo a fronte di anticipazioni, interessi e spese a tutto il mese di marzo 1988", che, come già evidenziato, non veniva ammesso al passivo.

La soluzione della presente controversia, presuppone, quindi, l'esame della natura giuridica del contratto di *factoring*, al fine di individuare correttamente la posizione delle parti, e, soprattutto, al fine di verificare la natura della cessione, se sia effettuata *pro soluto* (con liberazione del cedente), ovvero *pro solvendo*.

3. Prima di procedere alla disamina del *thema decidendum* della presente causa, come sopra delineato, occorre peraltro rilevare che la sentenza emessa nella causa civile n. 147 del 1987 non fa stato nei confronti della s.a. Regia 5, in quanto quest'ultima non era parte processuale in quel giudizio.

**L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, incontra, infatti, dei limiti soggettivi, nel senso che vale solo tra le parti, in quanto una sentenza non può pregiudicare altri che furono estranei alla lite. Si tratta di un principio strettamente connesso a quello del contraddittorio, che costituisce un cardine di tutto il diritto processuale. Tali assunti sono stati fatti propri dalla locale giurisprudenza, la quale ha affermato che "la sentenza costituisce cosa giudicata nei confronti delle parti tra cui è stata pronunciata ma non ha detta efficacia di fronte ai terzi che non erano in giudizio"** (sentenza del Commissario della Legge in data 5 agosto 1937, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 57).

L'impossibilità di estendere l'effetto del giudicato anche alla s.a. Regia 5, impone, dunque, l'indagine *ex novo* sul rapporto contrattuale tra l'attrice e la società anonima Regia 5.

4. Come detto, tra la società per azioni Comit Factoring e la società anonima Regia 5 - Azienda Servizio Moda è stato concluso un contratto di *factoring*, in forza del quale la società Regia 5 ha ceduto alla prima crediti da essa vantati nei confronti della società anonima ASCOT.

*Il factoring, come noto, è un contratto il cui nucleo centrale è costituito dal trasferimento di crediti commerciali contro corresponsione dell'importo dei crediti stessi, da un imprenditore cedente al factor (solitamente un'impresa specializzata), che assume la qualità di cessionario. Si tratta di un contratto di finanziamento - nel senso che il factor appresta all'imprenditore mezzi, suscettibili di utilizzazione economica, che realizzano un incremento economico-patrimoniale dell'imprenditore beneficiario - che può svolgere, oltre ad una funzione amministrativo contabile (connessa alla riscossione dei crediti), anche una funzione di garanzia, che si verifica allorché il factor si assume, in tutto o in parte, il rischio dell'insolvenza del debitore ceduto, rinunciando*

convenzionalmente a rivalersi sul cliente-cedente in caso di mancato o ritardato pagamento del credito acquistato.

L'operazione di factoring consta di una convenzione di base, che si perfeziona con la sottoscrizione delle condizioni generali di contratto, e di una pluralità di negozi: di questi, alcuni sono volti ad attuare la cessione dei crediti e si ricollegano direttamente alla stipula della suddetta convenzione; altri, invece, sono diretti ad ottenere la prestazione di alcuni servizi caratteristici offerti dal factor (per esempio, anticipazioni a valere sui crediti ceduti).

Il meccanismo giuridico attraverso cui l'operazione viene realizzata, peraltro, è quello della cessione del credito.

Vale la pena sottolineare che tale ricostruzione del fenomeno è stata recepita dal legislatore italiano. L'art. 1 della legge 21 febbraio 1991 n. 52, che detta una disciplina specifica di tale contratto, stabilisce che "la cessione di crediti pecuniari, verso corrispettivo è disciplinata dalla presente legge, quando concorrono le seguenti condizioni: a) il cedente è un imprenditore; b) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa; c) il cessionario è una società o un ente pubblico o privato avente personalità giuridica". L'art. 4 della citata legge italiana, derogando alla disciplina dettata dal codice civile in materia di cessione di credito, stabilisce, in relazione alla garanzia di solvenza, che "il cedente garantisce nei limiti del corrispettivo pattuito, la solvenza del debitore, salvo che il cessionario rinunci, in tutto o in parte, alla garanzia".

Posto che nel nostro Paese non è stata introdotta una regolamentazione specifica del contratto di factoring è alla disciplina della cessione del credito che occorre fare riferimento, senza peraltro trascurare la disciplina convenzionale stabilita dalle parti.

5. La cessione di credito, come manifestazione del più ampio fenomeno della cessione di diritti, si forma nel diritto giustiniano; nel diritto romano classico, infatti, ove si trattasse di successione a titolo singolare in un diritto di obbligazione, si ricorreva, per realizzarne l'effetto, alla cessione del diritto di agire. Il diritto giustiniano, invece, ammise l'attuazione della cessione con il semplice accordo tra cedente e cessionario, sulla base di una giusta causa, costituita da negozi a titolo gratuito o a titolo oneroso, con la conseguenza che i rapporti tra cedente e cessionario erano regolati dalla causa che costituiva il fondamento della cessione. Nell'ipotesi di cessione a titolo gratuito il cedente rispondeva solo per dolo; nel caso della venditio nominis (quale è quella della presente fattispecie), invece, il cedente era tenuto a garantire la reale esistenza del credito, ma non l'effettiva esigibilità dello stesso (D. 18, 4, 4: "Si nomen sit distractum, Celsus lib. IX Digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debere praestare: debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit"). Si giunse così ad affermare la libera trasmissibilità dei crediti all'insaputa ed anche contro il consenso del debitore ceduto: "nominis venditio, etiam ignorante, vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet" (C. 4, 39, 4).

Nel diritto romano, in definitiva, la trasmissibilità dell'obbligazione coincideva con la trasmissione dell'azione, vale a dire l'esercizio della obbligazione medesima. E' solo con il diritto moderno che la cessione produce l'effetto traslativo dell'obbligazione medesima, che si estingue in capo al cedente e viene esercitata dal cessionario in nome proprio, ravvisando in tale passaggio una traditio.

La dottrina del diritto comune ripete l'insegnamento della tradizione romanistica. Richeri afferma che "vendi potest quaecumque actio, sive realis est, sive personalis, ita

*ut non quidam directa, sed utilis in emptorem transeat. [...] actionis venditae is est effectus, ut venditor eadem emptori cedere teneatur, atque scriptura quibus nomen continetur, quamvis, etiam sine cessione, post secutam venditionem utiles actiones habeat emptor*" (T. RICHERI, *Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia*, III, 17, §§ 2410 e 2416. In termini sostanzialmente analoghi si esprime J. VOET, *Commento alle Pandette*, lib. XVIII, tit. IV, n. XII).

Riguardo agli effetti della cessione, la dottrina ha posto il principio che il cessionario subentra nella stessa posizione del cedente ("come il compratore di un credito gode dei diritti già enunciati e dei vantaggi e comodi del cedente, così per lo contrario egli ne subisce anche gl'incomodi, quale rappresentante di lui, potendo perfino essere opposta al cessionario la compensazione ch'era opponibile al cedente prima della cessione": J. VOET, *op. cit.*, n. XIII), e che ogni diritto del cedente si estingue per effetto della cessione "né possa più il cedente ma solo il cessionario costringere il debitore mal suo grado al pagamento, eziandio se non fosse ancora stata fatta dal cessionario al debitore la denuncia che non paghi al cedente" (VOET, *op. cit.*, n. XV): in mancanza di notizia formale della cessione, il debitore che paghi al cedente è liberato.

Colui che cede un credito assume l'obbligo di assicurare al cessionario l'esercizio del diritto ceduto, e quindi l'esistenza del credito ceduto al momento del trasferimento (c.d. *nomen verum*), mentre, in applicazione dei principi della vendita, la cessione di norma libera il cedente, che non rimane obbligato in caso di inadempimento del debitore, salvo patto contrario. Così si esprimono le fonti romane (D. 18, 4, 4) e la dottrina del diritto comune: "nella vendita di un'azione basta che il venditore garantisca al compratore essere un tale debitore della quantità o della cosa espressa, non essendo punto obbligato di garantire che sia solvente [...]: tranne che non si avesse espressamente pattuito altrimenti, o che il compratore non fosse stato raggirato per dolo del venditore [...] secondo l'ordinaria natura della vendita, il rischio dei crediti, del pari di quello di qualsivoglia altra cosa, spetta dal tempo della vendita in poi al compratore piuttosto che al venditore" (VOET, *op. cit.*, n. XIV). In definitiva, il cedente promette la "verità" del credito e risponde entro questo limite; solo in caso di stipulazione espressa risponde anche della "bontà" del credito, vale a dire della solvenza del ceduto.

La giurisprudenza sammarinese ha recepito, facendola propria, tale disciplina, affermando che "secondo il diritto comune il cedente deve sempre garantire al cessionario l'esistenza del credito (*veritatis nominis*, garanzia del diritto) al tempo della cessione sebbene nessuna clausola speciale del contratto lo abbia costretto a questa obbligazione [...]. Invece, in via di massima e senza speciale accordo, il cedente non è garante della eventuale solvenza del debitore (*bonitas nominis*, garanzia di fatto)" (sentenza del Commissario della Legge in data 30 aprile 1962, in *Giur. Samm.*, 1965, fasc. 1, p. 87). Anche per la locale giurisprudenza, dunque, la cessione è *pro soluto* e non *pro solvendo*, a meno che non sia diversamente stabilito dalle parti nel caso concreto.

6. Nel caso di specie non è stato prodotto in atti il contratto di *factoring* concluso tra la società attrice e la società anonima Regia 5 - Azienda Servizio Moda. Risulta, invece, prodotto un documento recante "condizioni particolari per le operazioni di *factoring*", che costituisce "parte integrante" delle "condizioni generali per le future operazioni di *factoring* sottoscritte in data odierna", che, peraltro - come detto - non sono allegate agli atti. Quindi, non si può verificare se tra le parti era stata pattuita la garanzia del cedente



per la solvenza del debitore, in difetto di che la cessione dovrebbe intendersi *pro soluto*, con conseguente liberazione del cedente.

Vero è che il giudice deve procedere all'interpretazione del contratto come rapporto globale, tenendo conto di tutto quanto possa essere utile per la ricerca della volontà delle parti.

**La prima funzione dell'interpretazione contrattuale, infatti, è quella di accertare ciò che è stato fatto dalle parti, indagando sulla dichiarazione e sul rapporto di questa con la volontà dei contraenti e con la situazione di fatto cui si riferiva. La ricerca della volontà intrinseca al negozio da interpretare non può tuttavia prescindere dall'affidamento della controparte.**

*Il diritto romano, in materia di interpretazione contrattuale, ha posto il principio che nelle convenzioni, più che fermarsi al tenore letterale delle parole, occorre indagare quale sia stata la comune volontà delle parti (D. 50, 16, 219: "in conventionibus contraentius voluntatem potius, quam verba spectari placuit", nonchè D. 50, 17, 34), tenuto conto dello spirito del contratto e nel modo più logico alla materia pattuita (si vedano, per la giurisprudenza sammarinese le sentenze del Commissario della legge in data 15 luglio 1924, Giur. Samm., 1924, p. 50, ed in data 11 gennaio 1926, Giur. Samm., 1926, p. 13). In definitiva, occorre muovere dalla interpretazione ricognitiva, che ha per scopo di vincere l'oscurità delle parole adoperate dai contraenti, ricorrendo in primis alla interpretazione letterale e logica, la quale, ovviamente, deve tenere conto della manifestazione della volontà dei contraenti. Qualora l'interpretazione letterale e logica non sia sufficiente, deve essere preso in esame il comportamento delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto, al fine di trarre dagli atti esecutivi della convenzione, elementi che consentano di accertare la reale volontà dei contraenti.*

Nella presente fattispecie, sebbene non sia stato prodotto in atti il contratto di *factoring*, e non si possa dunque procedere all'interpretazione letterale e logica dello stesso, il giudicante deve procedere alla ricerca della volontà negoziale delle parti sulla base delle "condizioni particolari per le operazioni di *factoring*", e delle fatture ed estratti conto prodotti, che costituiscono momenti esecutivi della volontà negoziale stessa, considerando il contratto in modo globale, come rapporto negoziale.

In relazione ai "pagamenti da parte del debitore ceduto contro pagherò cambiario, tratta accettata, tratta non accettata, ricevuta bancaria", le predette "condizioni particolari per le operazioni di *factoring*" espressamente stabiliscono, tra l'altro, che la registrazione dell'importo degli effetti "sarà effettuata con la clausola del "salvo buon fine", cioè con la precisa riserva da parte del factor di effettuarne lo storno qualora l'effetto o gli effetti ritornassero insoluti e/o protestati; - il Factor addebiterà il cedente di tutte le spese e commissioni sue e reclamate per l'incasso, i protesti, gli insoluti e gli eventuali richiami degli effetti". Tale pattuizione espressa della garanzia del cedente, che *prima facie* potrebbe sembrare manifestazione della volontà di derogare alla regola generale della cessione *pro soluto*, in realtà costituisce essa stessa espressione di un principio generale, già conosciuto al diritto comune, secondo cui **la cessione di crediti portati da documenti con la clausola al portatore o all'ordine è fatta di regola *pro solvendo*** (cfr. DE LUCA, *Dottor Volgare*, Lib. VII, cap. XVI, n. 2: "nel primo caso che si tratti di credito di semplice quantità, che per il più frequente uso è solito cedersi al creditore per via di ordine, o di girata, ovvero di assegnamento [...] nondimeno pare da per tutto la più vera, e la più comunemente ricevuta opinione sia, che la cessione s'intenda *pro solvendo*, e non *pro soluto*; cioè che il creditore abbia accettato quella cessione, come per un

mandato ad esigere quell'assegnamento in nome del debitore, e che in tanto debba menarlo per buono, in quanto che ne segua l'esazione, ma non già di pigliarlo a peso, ed a pericolo suo; e che perciò ogni contingenza, che occorresse sopra l'inesigibilità, debba andare a danno del cedente: ogni volta che dalle circostanze di fatto non apparisca della contraria volontà, in maniera che vi entrasse la limitazione della suddetta regola").

Non è pertanto da tale speciale pattuizione che si può risalire alla affermazione del carattere liberatorio della cessione.

Sono invece altre clausole che consentono di affermare che nella specie si tratta di cessione *pro solvendo*. Innanzi tutto dalle "condizioni particolari per le operazioni di *factoring*" si evince che la società attrice si è impegnata ad effettuare "anticipazioni" alla società convenuta sui crediti ceduti, sulle quali sono applicati interessi convenzionali, che "non potranno mai essere pari all'importo dei crediti stessi ceduti. Pertanto si stabilisce ora che lo scarto a favore del Factor non dovrà mai essere inferiore al 20%". Dette "anticipazioni" sono annotate a debito del cliente in un "conto di liquidazione", unitamente alle commissioni e spese bancarie "in relazione ai servizi richiesti nell'interesse del cliente". In tale "conto di liquidazione", poi, vengono annotati "a credito" del cliente gli importi dei crediti ceduti riscossi. L'eventuale saldo passivo del conto costituisce l'ammontare del debito del cliente verso il Factor. Ciò emerge con evidenza dagli estratti conto al 31 gennaio 1987 e 28 febbraio 1987 prodotti in atti, i quali mostrano, con evidenza, che al momento della cessione di un credito, l'importo di questo, con lo scarto del 20% viene annotato a debito del cliente; al momento dell'incasso del credito, l'importo di questo viene annotato a credito del cliente. Nei confronti del *Factor* assume dunque la qualità di debitore il cessionario, e non il ceduto.

In definitiva, deve affermarsi che, nella specie, la cessione dei crediti alla società attrice da parte della società anonima Regia 5 - Azienda Servizio Moda, deve intendersi effettuata *pro solvendo*, e quindi il cedente, garantendo la solvenza del debitore ceduto, rimane obbligato in caso di inadempimento di quest'ultimo. L'inadempimento del debitore ceduto risulta documentato dagli atti della causa civile n. 147 dell'anno 1987, allegati al presente fascicolo di causa. Tanto più che la procura attrice, nella comparsa in data 6 giugno 1991 afferma che è stato aperto il giudiziale concorso fra i creditori della debitrice società anonima ASCOT.

Merita dunque accoglimento l'istanza attrice di essere ammessa al passivo della procedura di liquidazione coattiva della società anonima Regia 5 - Azienda Servizio Moda.

7. Il credito della società attrice era insinuato nella procedura di liquidazione della società anonima Regia 5 nell'importo di L. 137.086.541=. Detto importo non è stato contestato dal liquidatore, e quindi il credito deve essere iscritto al passivo nell'ammontare insinuato.

La procura attrice, nelle finali allegazioni, chiede l'ammissione del credito insinuato "di lire 137.086.541 aggiornato con gli interessi maturati al 25 febbraio 1987".

Gli interessi richiesti si riferiscono, pertanto, a periodi antecedenti all'apertura della procedura di liquidazione coattiva della società anonima Regia 5.

**Al riguardo si deve osservare che la liquidazione coattiva è un procedimento concorsuale previsto dagli artt. 44 ss. della legge n. 45 del 1942, per il caso di manifesta insolvenza di una società, al quale si applicano alcuni principi del giudiziale concorso fra i creditori. Ed infatti, analogamente a quanto accade con il decreto di apertura del giudiziale concorso fra i creditori, tutti i crediti della società**

**insolvente si considerano scaduti nel giorno del decreto che apre la procedura di liquidazione coattiva per insolvenza, anche quando questi siano soggetti ad un termine successivo. In pratica, si versa in una delle pochissime ipotesi per cui nel diritto sammarinese il debitore insolvente decade dal beneficio del termine (posto che in tutti gli altri casi in cui il debitore si rende insolvente o diminuisce l'assicurazione del debito e questo non è ancora scaduto, il creditore può solo esigere che siano fornite opportune garanzie: cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 27 maggio 1936, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 116).**

**Inoltre, dal giorno in cui la liquidazione coattiva è aperta, i debiti non producono interessi: non può infatti aversi mora *debendi* in conseguenza di un provvedimento giudiziale che converte il credito nel diritto ad un dividendo a carico della massa.**

Infine, ai sensi del comma secondo dell'art. 45 della legge n. 45 del 1942, "dalla data della pubblicazione tutte le procedure giudiziali pendenti contro la società sono sospese, e nessun'altra può esserne iniziata".

Tali principi confermano che dalla data dell'apertura della procedura non possono essere applicati interessi, posto che il mancato pagamento nei termini non è imputabile al liquidatore, ma dipende dalle esigenze della procedura medesima; non possono invece essere estesi agli interessi maturati antecedentemente all'apertura della procedura medesima, e quindi derivanti da inadempimenti imputabili al debitore.

Ma sempre per dichiarazione della stessa procura attrice l'importo insinuato di L. 137.086.541= risulta "maturato a suo tempo a fronte di anticipazioni, interessi e spese a tutto il mese di marzo 1988". In tale ammontare devono dunque ritenersi compresi anche "gli interessi maturati al 25 febbraio 1987".

In conclusione, a favore della società attrice Comit Factoring S.p.A. deve ammettersi al passivo della procedura di liquidazione coattiva della società anonima Regia 5 - Azienda Servizio Moda il credito chirografario nell'importo insinuato di L. 137.086.541=.

Deve, di conseguenza, ordinarsi la rettifica dello stato passivo, secondo le suesposte conclusioni.

8. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che si liquidano in complessive L. 6.150.000=, vanno posti a carico della parte convenuta, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

## 86.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 1 dicembre 1992.

Reffi Alessandro (Avv. Alberto Selva) : Società Unione Mutuo Soccorso (Avv.ti R. Bonelli e G.L. Franciosi) – Causa n. 111, anno 1990<sup>90</sup>.

**Assemblea dei soci – Deliberazione – Azione di Annullamento – Prescrizione – Eccezione di nullità.**

<sup>90</sup> Riformata con la decisione di secondo grado del 19 gennaio 1994 ; vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 32. La sentenza di secondo grado è stata annullata con la desione di terzo grado del 26 settembre 1995; vedi Parte seconda, Sezione I – Decisioni di terzo grado, n. 9.

*Non è consentito all'assemblea dei soci della SUMS di deliberare in merito all'aumento delle pensioni.*

*Pertanto la delibera è viziata da nullità assoluta.*

---

(omissis)

### 87.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 7 gennaio 1993.

S.A. Data Print Paper (Avv. L. Lonfernini) : S.A. Camif. (Avv. M. Nicolini) – Causa n. 288, anno 1990.

**Locazione – Contratto – Risoluzione consensuale per mutuo dissenso – Prova. Cessione – Sublocazione dell'immobile – Consenso del locatore – Novazione – “Exceptio non rite impleti contractus”.**

*Il contrarium consensus estingue le obbligazioni nascenti da un contratto consensuale, se venga espresso prima che una delle parti abbia eseguito la prestazione.*

*La risoluzione contrattuale può essere espressa o tacita.*

*E' onere della parte convenuta di dare la prova del consenso, espresso o implicito, delle parti alla risoluzione contrattuale.*

*Il consenso scritto del locatore alla cessione del contratto è richiesto in considerazione della particolare rilevanza attribuita alla persona del conduttore, per le obbligazioni nascenti a carico dello stesso.*

*Con la novazione si sostituisce la precedente obbligazione con una nuova, avente lo stesso contenuto economico.*

*L'exceptio non rite adimpleti contractus è eccezione dilatoria che deve essere proposta prima della contestazione della lite.*

---

### FATTO

Con atto di citazione in data 5 novembre 1990 la società anonima Data Print Paper ha convenuto avanti a questo Tribunale la società anonima C.A.M.I.F. per sentirla “condannare al pagamento della somma complessiva di L. 84.478.407=, delle spese legali, degli interessi, come risulta dalla documentazione prodotta all'istanza di insinuazione nella procedura giudiziale aperta nei confronti della società anonima SILSA DOORS”.

Esponenza l'attrice di aver ceduto in locazione, con scrittura privata in data 29 ottobre 1987, registrata il 26 novembre 1987 al n. 3336, Vol. 194 del registro di formalità, alla società anonima SILSA una porzione di fabbricato ad uso industriale sito in Parrocchia di Serravalle, loc. Galazzano, per il canone annuo di L. 52.500= al mq. I signori Zanotti Romano, Cornacchia Renato e Spinalbelli Rosalba garantivano l'esatto adempimento del

canone di affitto. La società anonima SILSA, mutava successivamente la propria ragione sociale in C.A.M.I.F., mentre i locali erano occupati con attrezzature di proprietà della società anonima SILSA DOORS. L'attrice precisava di avere convenuto in giudizio sia i garanti, in quanto la società SILSA si è resa inadempiente, nonché la società anonima SILSA DOORS, e, quindi, la società SILSA, ora C.A.M.I.F., per ottenere dalla stessa, visto l'inadempimento, il pagamento del canone di locazione ed il rimborso delle spese sostenute da essa attrice per forniture di energia elettrica.

All'udienza fissata si costituiva la convenuta a mezzo procuratore, il quale, nel concesso termine statutario per rispondere ed eccepire, contestava le pretese della parte attrice, e lamentava, a sua volta, l'inadempimento della società Data Print Paper, la quale avrebbe provveduto a consegnare l'immobile locato alla società SILSA DOORS, "che è società assolutamente diversa e distinta dalla C.A.M.I.F.", incassando gli affitti direttamente dalla SILSA DOORS, "instaurando un rapporto di affitto diretto fra la Data Print Paper e la stessa SILSA DOORS, rapporto al quale è assolutamente estranea la C.A.M.I.F. che certamente non lo ha garantito in alcun modo", concludendo con la richiesta di estromissione della C.A.M.I.F. dal presente giudizio.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza di entrambe le procure, documenti; veniva inoltre ammesso ed esperito l'interrogatorio a chiarimento del dott. Lamberto Geri, amministratore unico della società attrice, e della signora Rosalba Spinalbelli, già amministratore della società convenuta ed interessata alla presente controversia in quanto garante dell'esatto adempimento al pagamento del canone di locazione.

Aperto il termine ad allegare, entrambe le procure hanno depositato le rispettive memorie conclusionali; all'udienza dell'8 ottobre 1992 si addiveniva all'irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo veniva trattenuto per la decisione.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha richiesto la condanna della convenuta al pagamento dei canoni di locazione non versati ed al rimborso delle spese sostenute da essa attrice per la fornitura di energia elettrica, precisando "che il credito vantato dalla parte attrice ammonta complessivamente a L. 176.323.388= così suddivise: saldo al 2/8/90 L. 84.478.407; per canoni non corrisposti alla consegna dei locali L. 66.171.875=; utilizzo energia elettrica L. 7.040.800=; prese elettriche L. 280.000=; interessi L. 18.323.288=. La richiesta iniziale è stata, in corso di causa, aggiornata e documentata: si chiede di conseguenza l'ammissione in manica".

La procura convenuta ha, invece, richiesto "la rescissione del contratto stipulato a suo tempo fra la DATA PRINT PAPER e la SILSA in data 29 ottobre 1987, o per accordo consensuale fra le parti o per inadempimento della DATA PRINT PAPER nei confronti della SILSA ora C.A.M.I.F. e quindi la liberazione da ogni obbligo derivante da tale contratto a carico della SILSA ora C.A.M.I.F. a fare data dal 1 novembre 1989, data in cui vi è prova che è iniziato il rapporto SILSA DOORS/DATA PRINT PAPER, il tutto con vittoria delle spese e competenze di causa, che si liquideranno con separato decreto dal Commissario della Legge su nostra istanza".

## DIRITTO

1. In definitiva, l'attrice reclama dalla convenuta il pagamento dei canoni di locazione nonché il rimborso delle spese sostenute per l'erogazione dell'energia elettrica e

dell'acqua potabile relative all'immobile di sua proprietà sito in strada Cardio, concesso in locazione alla convenuta con contratto in data 29 ottobre 1987.

La convenuta contesta le pretese attrici, in quanto l'immobile *de quo* sarebbe stato consegnato a soggetto diverso. In particolare afferma che tale contratto di locazione si sarebbe risolto per mutuo consenso; ovvero per inadempimento della attrice. Essa convenuta sarebbe, di conseguenza, liberata da ogni obbligo contrattuale nei confronti della attrice a far data dal 1 novembre 1989 "data in cui vi è prova che è iniziato il rapporto SILSA DOORS/Data Print Paper", e pertanto sarebbe estranea al rapporto contrattuale per cui è causa.

La decisione della presente causa, in definitiva, presuppone la ricostruzione giuridica del rapporto contrattuale instaurato tra le parti in causa, nonché l'indagine circa la posizione contrattuale assunta dalla società anonima SILSA DOORS, cui è stato richiesto il pagamento del canone di locazione in adempimento del contratto in data 27 ottobre 1987.

2. L'esame del contratto di locazione in data 29 ottobre 1987, registrato in data 26 novembre 1987 al n. 3336 vol. 194 del Registro di formalità, prodotto dalla procura attrice, consente di affermare che la attrice società anonima Data Print Paper ha concesso in locazione un immobile di sua proprietà alla società anonima S.I.L.S.A.. Risulta parimenti dal certificato rilasciato dalla Cancelleria di questo Tribunale - prodotto in atti - che la società anonima S.I.L.S.A. ha cambiato successivamente denominazione in NUOVA SILSA, e, dal 14 febbraio 1989, in C.A.M.I.F.. Risulta, altresì, dagli atti di causa (lettera in data 29 marzo 1990 inviata dall'avv. Mazza all'avv. Luigi Lonfernini) che i signori Zanotti Romano, Spinalbelli Rosalba e Cornacchia Renato "si erano resi garanti nei confronti della società Data Print Paper per gli obblighi assunti dalla società SILSA con il contratto stipulato il 29 ottobre 1987".

Tra le parti è, dunque, intervenuta una *locatio conductio rei*, il cui elemento essenziale è la fissazione di un canone periodico, come si evince da D. 19, 1, 2: "sic et locatio, et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit".

Vale la pena evidenziare che la locazione degli immobili è disciplinata, per quanto attiene agli obblighi essenziali delle parti, la durata e l'estinzione del contratto, dalla legge 15 dicembre 1982 n. 117 e successive modifiche (le cui disposizioni sono ora state raccolte, con modificazioni, nella legge 20 febbraio 1991 n. 26), la quale, al fine di realizzare una più compiuta tutela del conduttore, sottrae la materia, per gli aspetti dalla medesima regolati, al diritto comune.

Da quanto precede sembra pertanto potersi trarre la conclusione che, essendo stato concluso il contratto di locazione tra la società attrice e la s.a. S.I.L.S.A. (ora C.A.M.I.F.), l'obbligazione di pagare il canone - in virtù di quanto previsto dal contratto prodotto in atti - grava sulla s.a. C.A.M.I.F., che deve considerarsi debitore del pagamento il canone di locazione.

La parte attrice, peraltro, nell'atto di citazione afferma che "i locali affittati sono attualmente occupati con attrezzature di proprietà della società anonima SILSA DOORS". Dalla documentazione prodotta in atti dalla parte convenuta e dalle ammissioni della procura attrice si evince che la società anonima Data Print Paper ha presentato domanda di insinuazione per l'importo dei canoni richiesto in citazione al passivo del giudiziale concorso fra i creditori della s.a. SILSA DOORS, assumendo che "il credito della ditta istante nasce dal contratto di locazione di opificio industriale [...], con la precisazione che il contratto a suo tempo fu stipulato con la soc. an. SILSA, ora

C.A.M.I.F.”. Sono allegate alla domanda di insinuazione n. 6 fatture emesse nei confronti della s.a. SILSA DOORS, relative all’ammontare del canone di locazione e al consumo di acqua e di energia elettrica.

Al riguardo, si deve subito osservare che non risulta chiaro dagli atti di causa se ed a quale titolo la s.a. SILSA DOORS, che occupa l’immobile oggetto del contratto di locazione con la C.A.M.I.F. S.A. e nei confronti della quale, come già detto, la parte attrice ha emesso le fatture relative ai canoni di locazione ed al rimborso delle spese di erogazione di energia elettrica e di acqua, sia intervenuta nel rapporto contrattuale tra la s.a. Data Print Paper e la s.a. C.A.M.I.F.

3. La procura convenuta, nelle finali allegazioni, solleva al riguardo eccezioni che, per la loro rilevanza, devono essere esaminate in via preliminare. Essa osserva che “le ipotesi sono due: o le due società (S.A. Data Print Paper e la SILSA ora C.A.M.I.F.) consensualmente hanno inteso rescindere il loro iniziale contratto del 29 ottobre 1987, oppure le due società hanno inteso che alla SILSA subentrasse la SILSA DOORS in tale rapporto e quindi maturassero in testa alla SILSA DOORS gli effetti utili e passivi relativi a tale contratto, oppure ciò è avvenuto unilateralmente da parte della Data Print Paper, come dimostrato dai numerosi documenti prodotti in atti ed in tale seconda ipotesi, la SILSA ora C.A.M.I.F. non può che avanzare l’exceptio non adimpleti contractus”.

**La risoluzione consensuale del contratto deve essere esclusa.**

Si tratta, infatti, di una ipotesi in cui la estinzione del contratto consegue ad un atto di autonomia negoziale, l’accordo delle parti, che è nota come “mutuo dissenso”. **Il mutuo dissenso è, come ovvio, una espressione dell’autonomia contrattuale, in quanto il potere di porre in essere atti dispositivi della propria sfera giuridica comporta anche il potere di non volere più tali atti, nel rispetto dei diritti altrui.**

*Il diritto romano ammetteva come modo di estinzione delle obbligazioni nascenti da un contratto consensuale il consensus contrarius, prima che una delle due parti avesse eseguito la prestazione: “ab emptione, venditione, locatione, conductione, ceterisque similibus obligationibus, quin, integris omnibus, consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est” (D. 2, 14, 58).*

*Tale risoluzione contrattuale poteva essere espressa o tacita. La risoluzione espressa consisteva in una ritrattazione del consenso, vale a dire nella concorde manifestazione di volontà di far venir meno l’assetto di interessi attuato con il contratto, volontà che rimuoveva sia l’obbligazione che la causa di essa, e cioè il contratto. Gli effetti della stessa erano peraltro subordinati alla totale inesecuzione delle obbligazioni nascenti dal contratto, alla quale successivamente - soprattutto con riferimento ai contratti di durata, quale è la locazione - fu considerata equivalente alla restituzione spontanea del bene oggetto del contratto già consegnato (D. 2, 14, 58).*

*I giuristi classici attribuivano piena efficacia anche all’accordo risolutivo tacito, che risultava da atti o comportamenti concludenti delle parti, dai quali, secondo le circostanze, potesse desumersi l’implicito intento negoziale, posteriori alla conclusione del contratto, purché non fossero ancora state eseguite le obbligazioni. Un esempio era costituito dalla modificazione di un elemento essenziale del contratto (D. 18, 5, 2 e D. 18, 1, 72).*

Nella specie non risulta provata la risoluzione espressa del contratto, non essendo stata provata la manifestazione del *contrarius consensus*. Inoltre, risulta che l’attrice ha consegnato alla convenuta l’immobile oggetto del contratto di locazione, tanto che la

stessa procura convenuta chiede di dichiarare l'estinzione del contratto a far data dal 1 novembre 1989, circa due anni dopo la stipulazione del contratto di locazione. Dalla delibera del Congresso di Stato in data 5 maggio 1988 n. 78, prodotta in atti, risulta, poi, che la costituenda società anonima SILSA DOORS avrebbe dovuto fissare la sede operativa "in Strada Cardio, 51, attualmente occupata dalla Nuova SILSA" (ora C.A.M.I.F.), per cui effettivamente, quanto meno fino alla data della delibera, la società C.A.M.I.F. ha avuto in locazione l'immobile di proprietà della attrice, per poi occuparlo unitamente alla società SILSA DOORS una volta costituita. Non è stata data la prova nemmeno della riconsegna spontanea ed esplicita dell'immobile, se si eccettuano le dichiarazioni rese dalla signora Spinalbelli Rosalba nell'interrogatorio a chiarimento, dalle quali, semmai, potrebbe risultare un recesso unilaterale implicito del conduttore, ma non *contrarius consensus*.

Si osserva, inoltre, che non si versa nemmeno in ipotesi di risoluzione tacita. Oltre a quanto già ricordato, si deve al riguardo aggiungere che la signora Rosalba Spinalbelli era amministratore della società anonima SILSA (ora C.A.M.I.F.) al momento della conclusione del contratto di locazione, e successivamente ha assunto la veste di amministratore della società anonima SILSA DOORS. Tale circostanza ha sicuramente contribuito a creare confusione circa la reale distinzione tra le due società, che recavano, tra l'altro, anche denominazioni sociali simili. E' la signora Spinalbelli che ha sottoscritto il contratto di locazione quale legale rappresentante della società anonima SILSA, ed è ancora la signora Spinalbelli che richiede la fatturazione dei canoni alla s.a. SILSA DOORS, senza dichiarare esplicitamente, nella seconda circostanza, di agire nell'interesse di una società diversa dalla conduttrice. D'altra parte, la C.A.M.I.F. (già SILSA e poi Nuova SILSA) non ha mai avanzato contestazioni circa il godimento dell'immobile locato, mentre la Data Print Paper ha percepito i canoni di locazione, e reclamato successivamente il pagamento di quelli non versati. Dalle dichiarazioni del dott. Geri e della signora Spinalbelli si evince inoltre che non è stato stipulato alcun contratto tra la società anonima SILSA DOORS e la società attrice, e che non sono state sostituite le garanzie previste dal contratto di locazione del 1987 per il pagamento dei canoni.

In definitiva da quanto osservato circa la doppia veste della signora Spinalbelli, amministratore della SILSA (e dunque, parte contrattuale) e amministratore unico della s.a. SILSA DOORS, e dalla documentazione agli atti di causa, si evince che il comportamento delle parti non può essere interpretato come consenso implicito alla risoluzione del contratto.

**E' onere della parte convenuta, peraltro, dare la prova del consenso implicito delle parti alla risoluzione contrattuale, posto che è il convenuto che deve provare i fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto vantato dalla parte attrice, atteso che "*reus in excipiendo fit actor*".** Costituisce, infatti, principio di carattere generale, in materia di onere della prova, che l'attore deve provare i fatti costitutivi del suo diritto, fatti che stanno a fondamento dell'azione; i fatti impeditivi o estintivi della pretesa vantata dall'attore, ed in particolare dell'obbligazione, devono, invece, essere provati dal convenuto (D. 22, 3, 12 e C. 4, 19, 1 - a. 196). Di qui la massima "*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*" (D. 22, 3, 2 - Paul. 96 ed.), che deve essere, appunto, intesa nel senso che all'attore spetta la prova dei fatti costitutivi del diritto e non al convenuto che ne contesti semplicemente l'esistenza. **Colui che afferma può essere anche il convenuto, come quando allega fatti impeditivi, modificativi o**



**estintivi della pretesa attorea, ed in tal caso, nella sua eccezione, il convenuto diviene attore e deve provarne il fondamento** (D. 44, 1, 1: “Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est”; D. 22, 3, 19: “In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere”. Cfr. anche RICHERI, *Institutiones Universae Civilis et Criminalis Jurisprudentiae*, Torino, 1789, tomo IV, Lib. IV, tit. X, n. 4439, p. 277). Tali assunti si trovano confermati dalla giurisprudenza sammarinese, la quale ha ribadito il fondamentale principio che **“spetta all’attore provare l’esistenza delle obbligazioni di cui domanda il pagamento e spetta al convenuto di dimostrare l’avvenuto pagamento o il fatto che ha prodotto l’estinzione dei suoi obblighi”** (Sentenza di primo grado 26 luglio 1935, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 64). Nella specie la parte convenuta non ha fornito la prova del fatto estintivo dell’obbligazione, per cui non può attribuirsi al comportamento delle parti il significato di *contrarius consensus*.

4. Dato atto che non vi è stata risoluzione per mutuo dissenso, si deve esaminare la seconda eccezione della procura convenuta, secondo cui “le due società hanno inteso che alla SILSA subentrasse la SILSA DOORS in tale rapporto e quindi maturassero in testa alla SILSA DOORS gli effetti utili e passivi relativi a tale contratto”.

Si verserebbe, secondo la procura convenuta, in una ipotesi di cessione consensuale del contratto di locazione.

**Con la cessione del contratto il titolare di un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive non ancora eseguite sostituisce a sé un terzo con il consenso dell’altra parte. Nella locazione è il conduttore che abbandona, a titolo oneroso o gratuito, ad un terzo il contratto di locazione. Si tratta di una alienazione del diritto di godimento, che viene trasferito ad un terzo; il consenso del locatore è necessario perché questi sia posto nella condizione di valutare la serietà e la solvibilità del terzo cessionario.**

La cessione del contratto di locazione risulta espressamente riconosciuta e disciplinata nell’ordinamento sammarinese dalla legge 17 dicembre 1982 n. 117. L’art. 4 di tale legge, in via generale, stabilisce che “per la cessione del contratto è necessario il consenso scritto del locatore”, mentre l’art. 17, ultimo comma, della stessa legge, dispone - relativamente agli immobili destinati ad attività imprenditoriali - che “la cessione del contratto di locazione, salvo diversa pattuizione contrattuale, deve avere il benessere del locatore e deve essere registrata a norma del precedente art. 2”.

L’esame del contratto di locazione prodotto in atti consente di affermare che non esiste alcuna pattuizione che sia diretta a modificare quanto imposto dalla legge: nulla espressamente si dice a proposito della cessione del contratto, ma si rinvia “per tutto quanto non è qui contemplato”, “alle norme ed agli usi in materia di locazione”.

Da ciò si evince che, nella presente fattispecie, era dunque necessario il consenso scritto del locatore alla cessione del contratto, consenso che è richiesto dalla legge in considerazione della particolare rilevanza attribuita, nel contratto in esame, alla persona del conduttore, per le obbligazioni nascenti a carico dello stesso (obblighi di conservazione e di manutenzione dell’immobile locato, di pagamento del canone, di restituzione del bene nelle stesse condizioni in cui era stato consegnato, ecc.). Tale consenso scritto non risulta essere mai stato prestato. Non solo non è stato prodotto in atti il contratto di cessione, che peraltro può anche essere stato concluso verbalmente, ma nemmeno un documento, debitamente registrato siccome espressamente prescritto dalla legge, dal quale risulti per iscritto il consenso del locatore al trasferimento della

posizione contrattuale del conduttore ad un terzo. La signora Spinalbelli, inoltre, conferma che “non mi risulta un atto di cessione del contratto di locazione tra la società anonima SILSA, ora C.A.M.I.F. e la s.a. Data Print Paper”. Di conseguenza, non può dirsi provata l'avvenuta cessione del contratto.

5. Nemmeno si può affermare che per effetto della accettazione da parte della società Data Print Paper del pagamento dei canoni dalla SILSA DOORS s.a., e semplicemente per avere richiesto alla stessa il pagamento dei canoni si sia realizzata la sublocazione dell'immobile alla società anonima SILSA DOORS prevista dal secondo comma dell'art. 17 della legge n. 117 del 1982.

Il secondo e terzo comma dell'art. 17 citato stabiliscono che “qualora il locatario ceda ad altri l'azienda, il locatore non può opporsi alla sublocazione del contratto di locazione, a meno che non ricorrano gravi motivi relativi alla persona del sublocatario. La comunicazione di sublocazione del contratto deve pervenire al locatore con 30 giorni di anticipo”.

Nel caso in esame non è stata fornita la prova - che incombeva al convenuto - della cessione dell'azienda della società anonima SILSA alla s.a. SILSA DOORS, né dell'invio alla società attrice della comunicazione richiesta dalla legge.

D'altra parte, anche ammesso che vi fosse stata sublocazione dell'immobile alla società anonima SILSA DOORS - al di fuori della particolare ipotesi prevista dal 2° comma dell'art. 17 della legge 117 del 1982, ed in violazione di quanto contrattualmente convenuto (“non è ammesso il subaffitto totale o parziale dell'immobile locato senza il consenso scritto della società proprietaria”), posto che ancora una volta non risulta la prova del consenso scritto della locatrice - questa sublocazione non avrebbe potuto avere l'effetto di sostituire, nei confronti della locatrice, la sublocataria (SILSA DOORS s.a.) alla locataria (SILSA s.a.) per il pagamento dei canoni.

**Nella sublocazione il conduttore reimpiega nei confronti del terzo subconduttore la posizione che gli deriva dal contratto di locazione in corso, riproducendo lo stesso tipo di operazione economica del contratto di locazione base. In definitiva, tra le parti originarie viene mantenuto il rapporto contrattuale, ma il locatario che subloca l'immobile diviene a sua volta locatore, onde si aggiunge al contratto originario un nuovo contratto che ha per oggetto posizioni giuridiche derivanti dal primo.**

La sublocazione in quanto tale non è soggetta ad una disciplina speciale, per cui rimane regolata dal diritto comune. **La giurisprudenza sammarinese** (si veda la sentenza del Commissario della Legge in data 5 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 2, p. 186 s.), che ha recepito le regole elaborate dalla dottrina del diritto comune, **ha posto i seguenti principi:** 1) la sublocazione non rompe le relazioni del proprietario con il conduttore (come risulta da D. 49, 14, 47 par. 1 - “De conductore alii locante”); 2) il locatore non può agire direttamente nei confronti del subconduttore e viceversa, perché i due contratti sono diversi; 3) la facoltà di sublocare - peraltro espressamente esclusa dalle parti nel caso in esame - non esclude o riduce la responsabilità del conduttore principale “che è il solo giuridicamente obbligato verso il locatore originario”, purché “il locatore non abbia compiuto una novazione (che non si deve presumere mai) e cioè abbia liberato il conduttore e riconosciuto come titolare del contratto di locazione il subconduttore”.

*E' noto che la novatio è definita come “prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio, atque translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova*

*constituatur, ut prior perimatur*” (D. 46, 2, 1). Si tratta di contratti che sono diretti ad estinguere una obbligazione per sostituirla con una nuova, cambiandone l'essenza. Il primo contratto si estingue per mutuo dissenso, e si dà vita ad uno nuovo, produttivo di obbligazioni. In definitiva, vi è la sostituzione di una vecchia obbligazione con una nuova avente lo stesso contenuto economico. La dottrina del diritto comune definisce *delegatio* “quella novazione che si fa con l'intervento di una nuova persona, surrogando cioè un altro debitore verso il proprio creditore, o verso quello che viene dallo stesso creditore additato” (J. VOET, *Commento alle Pandette*, lib. XLVI, tit. II, n. XI).

Perché si abbia novazione, tuttavia, deve risultare positivamente dimostrato da chi vi abbia interesse il c.d. “*animus novandi*”, vale a dire la volontà di novare l'obbligazione. Tale presupposto è stato introdotto da una costituzione di Giustiniano, la quale stabilì che la volontà di estinguere l'obbligazione doveva risultare espressa (“*et generaliter definimus, voluntatem solum esse, non lege novandum: et si non verbis exprimatur, ut sine novatione [...] causa procedat, hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire*”: C. 8, 42, 8). La dottrina del diritto comune, peraltro, ammise che la novazione potesse risultare anche mediante congetture e presunzioni, purché “le conghietture siano tanto verisimili ed urgenti che possa da esse risultare chiaramente avere le parti receduto dalla prima obbligazione ed aver voluto rifonderla nella seconda, affinché in tal modo l'effetto della volontà tacita, ma abbastanza evidente, equivalga a quello della volontà espressa” (J. VOET, *Commento alle Pandette*, lib. XLVI, tit. II, n. III). Con riferimento alla delegazione, peraltro, la stessa dottrina chiarisce che è necessario “che consentano il delegante ed il debitore del delegante ed il di lui creditore e pro del quale vuolsi devolvere la obbligazione, e quindi che fra il delegante ed il debitore di lui intervenga mandato, come pure fra il delegante ed il creditore di lui [...]”; e finalmente, che fra il debitore delegato ed il creditore delegante avvenga stipulazione”, e sulla scorta di ciò si afferma che non vi è delegazione “se il primo locatore di un fondo ha ricevuto il fitto per più anni da quello cui il medesimo fondo era stato sublocato dal conduttore, senza che avvenisse una speciale convenzione” (J. VOET, *op. cit.*, n. XII).

Nella specie, manca completamente la prova dell'*animus novandi*. Il contratto di locazione di cui si chiede l'adempimento è il contratto in data 29 ottobre 1987 e non vi è prova dell'accordo novativo. La parte attrice, sebbene abbia accettato il pagamento del canone dalla società SILSA DOORS ed abbia reclamato il pagamento dei canoni scaduti e non corrisposti nei confronti della stessa, ha sempre ritenuto di trovarsi di fronte alla medesima società, anche in considerazione dell'identità della persona dell'amministratore e della similitudine tra le due denominazioni sociali.

Mancando la prova della novazione, quindi, anche se si volesse sostenere la tesi della sublocazione, la società anonima C.A.M.I.F. (già SILSA) sarebbe direttamente responsabile nei confronti della società attrice per il pagamento dei canoni di locazione.

6. Rispinte le eccezioni che reclamavano la risoluzione per mutuo dissenso o il trasferimento consensuale del contratto in capo alla SILSA DOORS, resta da esaminare l'ultima eccezione di parte convenuta, secondo cui tale risoluzione sarebbe avvenuta “unilateralmente da parte della Data Print Paper, come dimostrato dai numerosi documenti prodotti in atti ed in tale seconda ipotesi, la SILSA ora C.A.M.I.F. non può che avanzare l'*exceptio non adimpleti contractus*”.

La “*exceptio non adimpleti contractus*” o “*non rite impleti contractus*”, è prevista da D. 19, 1, 13 § 8 (“*offerri pretium ab emptorem debet, cum ex empto agitur: et ideo si pretii*

*partem offerat, nondum est ex empto actio. Venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit*") per la emptio-venditio, ed è stata estesa successivamente a tutti i contratti sinallagmatici. Con tale eccezione "da ciascuno dei contraenti può essere opposta all'avversario che si faccia a domandargli la controprestazione senza avere eseguito od almeno offerto la propria" ed è una semplice eccezione dilatoria (sentenza del Commissario della Legge in data 10 maggio 1965, *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 272), vale a dire una "eccezione che paralizza soltanto l'azione per un certo periodo di tempo o in talune circostanze ma in tempo successivo o in altre circostanze non potrebbe più essere opposta utilmente" (Cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 11 gennaio 1991 nella causa civile n. 237 dell'anno 1988).

Secondo il diritto sammarinese le eccezioni dilatorie vanno proposte "in limine litis", prima della contestazione della lite (v. T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed., riveduta e corretta dal Dott. F. Viroli, San Marino, 1967, p. 57). Ed infatti devono essere proposte prima di ogni altra eccezione o difesa. Si deve infatti rilevare che secondo il GIANNINI (op. cit. p. 92), che argomenta dalla Rub. XXI, Lib. II, 229 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* ("Dichiarando che la lite si abbia contestata in quanto al pagamento dei capisoldi, se diasi semplicemente il termine a provare"), l'apertura dei termini probatori equivale a contestazione della lite, anche se "non è detto che anche prima non possa verificarsi contestazione della lite. Questa si riscontra ogni volta che il convenuto, invece di chiedere un termine per rispondere, oppure, trascorso questo termine se lo ha domandato, oppone eccezioni generiche conosciute nella pratica sotto il nome di «generalia contra», o specifiche [...] e finalmente in tutti i casi simiglianti, nei quali si determina l'oggetto del dibattito, ed il giudice «causam audire incipit»". Ciò è confermato, altresì, dalla *Decisione del Consiglio dei XII* (consulente prof. Ugo Gualazzini) in data 23 marzo 1967 (in *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 65 ss.), secondo la quale la contestazione della lite non è "né il momento in cui si inizia la causa, né quello in cui il giudice la esamina, ma è un momento particolare del giudizio in cui si accerta formalmente, e senza più alcuna ombra di dubbio, la richiesta di una parte ed il diniego dell'altra di aderirvi".

Nella specie tale eccezione è stata tempestivamente proposta con comparsa in data 20 marzo 1991, nel corso del concesso termine statutario per rispondere ed eccepire, posto che, come evidenzia la dottrina sammarinese, "il convenuto nella sua risposta può opporre eccezioni di varia natura e cioè declinatorie, dilatorie o perentorie" (T.C. GIANNINI, op. cit., p. 56).

7. L'inadempimento della parte attrice consisterebbe, ad avviso della procura convenuta, nel fatto di avere proceduto alla consegna dell'immobile alla società anonima SILSA DOORS, e accettato il pagamento dei canoni dalla medesima, senza avanzare alcuna pretesa nei confronti della SILSA, recedendo dunque unilateralmente dal contratto di locazione a suo tempo stipulato con la SILSA: "nel diritto comune come nel diritto italiano in presenza di un inadempimento di una parte, controparte può richiedere la risoluzione del contratto e nei contratti ad esecuzione continuata periodica, la parte adempiente può cessare di adempiere ai suoi obblighi e ritenere rescisso l'accordo".

**L'obbligazione che nasce dalla locatio rei a carico del locatore è quella di mettere a disposizione del conduttore per tutta la durata del contratto la res ed a mantenerla in condizioni tali da permetterne l'utilizzazione ed il godimento da parte del conduttore, nonché a corrispondere a questo le spese necessarie per la**

**conservazione. Il conduttore, invece, ha l'obbligo di restituire la cosa alla scadenza e l'obbligo di corrispondere "la mercede".**

L'attrice agisce, all'evidenza, con l'*actio locati*, che è una azione personale, data al locatore il quale domanda "che il conduttore paghi la mercede di tutto il tempo pel quale tenne la conduzione, congiuntamente agli interessi di mora [...], eziandio se non ha fatto uso della cosa locatagli, o se sgomberò prima del tempo senza avere motivo legittimo di sgomberare" (J. VOET, op. cit., lib. XIX, tit. II, n. XXII). La società conduttrice oppone l'eccezione di inadempimento, affermando che l'attrice, a sua volta, non ha adempiuto all'obbligo di mettere a disposizione l'immobile per tutta la durata della locazione.

Dagli atti di causa risulta, come detto, che l'attrice ha proceduto alla consegna dell'immobile (ammissioni della stessa procura attrice, delibera del Congresso di Stato di concessione del nullaosta alla costituzione della società anonima SILSA DOORS, dichiarazioni del legale rappresentante della società attrice e dichiarazioni della signora Spinalbelli, amministratore unico della SILSA, al tempo della conclusione del contratto di locazione, e successivamente amministratore della SILSA DOORS). Il fatto che viene imputato alla parte attrice, e dal quale si vorrebbe fare derivare l'estinzione del contratto con la SILSA, è di avere richiesto il pagamento dei canoni da un certo momento in poi direttamente alla SILSA DOORS. Al riguardo la procura attrice fa osservare "che la presunzione nasce dal fatto che la Data Print Paper ha rilasciato fattura a nome SILSA DOORS, intraprendendo azioni nei confronti di quest'ultima. Non può essere ritenuta presunzione l'aver indotto un soggetto a ritenere che le modifiche della denominazione comportassero anche il cambio della persona giuridica. La buona fede del resto della Data Print Paper sta proprio nell'aver identificato nelle varie denominazioni la stessa persona giuridica"; e ancora "l'equivoco in cui sono incorsi gli amministratori della s.a Data Print Paper i quali evidentemente fatturavano le rate del canone a nome di una persona giuridica che ritenevano sempre la stessa in quanto la identificavano di volta in volta attraverso la denominazione che inequivocabilmente riproduceva lo stesso nome in parte modificato (SILSA) nonché attraverso la persona dell'amministratore (sempre lo stesso: Spinalbelli Rosalba)". Di qui la conclusione: "la responsabilità della parte convenuta nasce pertanto sia da un rapporto contrattuale sia dal fatto che comunque la C.A.M.I.F. e la s.a. SILSA DOORS, per l'intreccio di rapporti, per gli interessi comuni perseguiti, per gli obiettivi raggiunti, erano di fatto una società".

In definitiva, la procura attrice sostiene che la sua assistita ha sempre creduto di contrattare con la medesima società, in considerazione della somiglianza delle denominazioni e dell'identità della persona dell'amministratore, giungendo a reclamare l'esistenza di una società di fatto tra la C.A.M.I.F. e la SILSA DOORS.

Va rilevato, al riguardo, che effettivamente la fatturazione dei canoni di locazione alla SILSA DOORS e la citazione in giudizio della medesima sono dovute ad un errore della società locatrice, la quale, in buona fede, ha creduto di avere a che fare con il medesimo soggetto giuridico.

Dichiara il dott. Lamberto Geri, legale rappresentante della società attrice che "la SILSA, ora C.A.M.I.F. non ha mai comunicato alla società Data Print Paper la cessione del contratto di locazione alla società anonima SILSA DOORS. Soltanto a cose avvenute si è presentato un signore il quale qualificatosi come amministratore della società SILSA DOORS, ha richiesto la stipulazione di un nuovo contratto di locazione; tutto ciò è avvenuto poco prima dell'apertura del giudiziale concorso fra i creditori della società anonima SILSA DOORS [...] preciso inoltre che nel periodo che va dal 1987 fino alla

richiesta di stipulazione di un nuovo contratto si è sempre presentata da me la signora Spinalbelli Rosalba la quale si qualificava come amministratore legale rappresentante della società che occupava i locali”. La signora Spinalbelli, tra l’altro interessata alla vicenda, in quanto garante della SILSA (ora C.A.M.I.F.) per il pagamento dei canoni (dichiarazione dell’avv. Mazza all’udienza del 28 novembre 1991), dichiara “non mi risulta che esista un atto di cessione del contratto di locazione tra la società anonima SILSA ora C.A.M.I.F. e la s.a. Data Print Paper [...] dal maggio 1988 con la nascita della nuova società SILSA DOORS [...] si è provveduto a dare comunicazione alla società Data Print Paper di fatturare gli importi relativi a canoni d’affitto e quant’altro relativo con il rapporto con la Data Print Paper alla SILSA DOORS”.

Dalle lettere prodotte in atti inviate dall’avv. Luigi Lonfernini alla società SILSA DOORS, si evince che viene sempre richiesto l’adempimento del contratto in data 29 ottobre 1987 (tra la Data Print Paper e la SILSA); lo stesso avv. Mazza, per conto della s.a. SILSA DOORS, afferma di confermare la disponibilità della SILSA DOORS “ad ogni più opportuno accordo per la corresponsione del canone di locazione di cui al contratto 29/10/1987”.

Ed in effetti, non risulta dagli atti di causa, alcuna prova della conoscenza, da parte della società attrice, della concessione in uso dell’immobile alla s.a. SILSA DOORS, quale società diversa dalla SILSA, ed è plausibile che essa abbia accettato il pagamento dei canoni e successivamente abbia reclamato il pagamento degli stessi alla SILSA DOORS senza rendersi conto che si trattava di un soggetto diverso, una società anonima persona giuridica. La similitudine della denominazione tra le due società effettivamente poteva trarre in inganno, facendo pensare più che all’esistenza di due società diverse, ad un semplice cambio di denominazione, tanto più che l’amministratore, con cui l’attrice entrava in rapporto, era la medesima persona, sì da far presumere, in buona fede, la continuità del rapporto di locazione in capo al medesimo soggetto. E ciò appare confermato dal fatto che la convenuta richiede dichiararsi la cessazione del contratto a far data dal 1 novembre 1989, mentre risulta dagli atti che la richiesta di fatturare i canoni alla SILSA DOORS risale al maggio 1988. La SILSA (ora C.A.M.I.F.), o meglio il suo amministratore di allora, volutamente ha inteso dare luogo ad una situazione confusa, apparente, mascherando una cessione contrattuale, senza di ciò nulla dire alla locatrice.

8. In definitiva, per le ragioni sopra esposte, deve dirsi che il contratto di locazione è stato concluso tra l’attrice e la società anonima C.A.M.I.F. La società attrice ha adempiuto ai suoi obblighi contrattuali; la convenuta, di conseguenza, rimane obbligata per il pagamento dei canoni di locazione.

L’attrice, nell’istanza di citazione afferma che i canoni ancora dovuti unitamente al rimborso spese per l’erogazione di energia elettrica ed acqua potabile ammontano a L. 84.478.407=, documentati da fatture non contestate. Tale importo è così calcolato: L. 36.093.750 quale canone semestrale dal 01/11/89 al 30/04/90; L. 36.093.750 quale canone semestrale di locazione dal 01/05/90 al 31/10/90; L. 3.724.200= per utilizzo di energia elettrica nel periodo gennaio/febbraio 1990; L. 265.881= quale addebito per il consumo di acqua 1989; L. 3.800.600 per l’utilizzo di energia elettrica; L. 4.971.176= per interessi di mora al tasso del 13%.

La somma dovuta per vera sorte risulta pertanto pari a L. 79.978.181. Relativamente agli interessi va subito rilevato che il contratto di locazione prevede che il canone deve essere corrisposto “in due rate semestrali anticipate” e che nulla stabilisce riguardo agli

interessi moratori. In mancanza di espressa pattuizione questi devono essere corrisposti al tasso legale del 7%, siccome previsto dalla legge 27 ottobre 1972 n. 36. Tali interessi rappresentano nelle obbligazioni pecuniarie i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 191). **Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica *ex re*, secondo il brocardo “*dies interpellat pro homine*”), negli altri casi, quando il creditore abbia inutilmente chiesto l'adempimento, di modo che essa decorre dalla “*interpellatio*”** (cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI). Essendo previsto, a termini di contratto, che il pagamento dei canoni doveva essere effettuato in rate semestrali anticipate, gli interessi vanno riconosciuti dalla scadenza di ogni singola rata al saldo, mentre sul rimborso delle utenze, dovendo il pagamento essere effettuato a “rimessa diretta a vista fattura”, gli interessi vanno calcolati dalla data di ciascuna fattura al saldo.

Con comparsa in data 7 novembre 1991 la procura attrice chiedeva ammettersi documenti inerenti alla situazione contabile al mese di settembre 1992 “cioè al momento in cui la Data Print Paper ha riottenuto la libera disponibilità dell'immobile locato”, affermando che il credito della attrice “ammonta complessivamente a L. 176.323.288”. Tali documenti non sono stati ammessi agli atti in quanto prodotti dopo il decorso del secondo termine probatorio, e l'istanza non è più stata riprodotta. Di conseguenza non risulta provato l'ulteriore credito vantato dalla attrice. Peraltro in data 24 ottobre 1991 il dott. Geri affermava che il credito della attrice era pari a L. 84.478.407=, onde non si comprende perché in quella sede non ha fatto valere il credito per il canone relativo al periodo 01/11/90 al 30/09/91, dovendo lo stesso essere corrisposto in via anticipata.

Di conseguenza la convenuta deve essere condannata al pagamento della somma di L. 79.978.181= con gli interessi alla legale ragione del 7% sui canoni dalla scadenza di ogni singola rata al saldo, mentre sul rimborso delle utenze, dovendo il pagamento essere effettuato a “rimessa diretta a vista fattura”, gli interessi vanno calcolati dalla data di ciascuna fattura al saldo.

9. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che verranno liquidati con separato decreto, vanno posti a carico della parte convenuta, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

## 88.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 11 gennaio 1993.

Gasperoni Primo (Avv. L. Bacciocchi) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv.ti L. Daniele e R. Cesarini); chiamato in causa De Angelis Antonio (Avv. G.M. Marcucci) – causa n. 257, anno 1990.

**Contratto di permuta – Inadempimento – Rimedi processuali – Chiamata in garanzia impropria – Responsabilità contrattuale – Danno – Risarcimento.**

*La permuta è un contratto innominato nel quale la prestazione eseguita e quella che si attende consistono entrambe nel trasferimento della proprietà di una cosa.*

*Il vincolo obbligatorio sorge soltanto quando uno dei soggetti ha eseguito la propria prestazione di trasferire la proprietà.*

*Contro l'inadempiente sono dati due rimedi processuali: la condictio, diretta alla ripetizione di quanto dato; l'actio praescriptis verbis, diretta al conseguimento della controprestazione.*

*Elemento caratteristico della chiamata in garanzia impropria è che il chiamato non ha la benché minima legittimazione a contraddire, direttamente e personalmente, l'azione esperita contro il chiamante, ne consegue che il terzo non assume la qualità di parte processuale nel giudizio principale.*

---

### FATTO

Con atto di citazione in data 24 settembre 1990 il signor Gasperoni Primo ha convenuto in giudizio la Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino, in persona dei Sindaci di Governo *pro tempore*, per sentirla condannare ad “adempiere ai suoi obblighi contrattuali e più precisamente di consegnare all'attore, entro breve termine perentoriamente stabilito da S.S. Ill.ma gli immobili a suo tempo ceduti, liberi ed immuni da vincoli, liti e molestie e per sentirsi altresì condannare al pagamento dei danni subiti e subendi dall'attore a causa dell'inadempimento della convenuta stessa. Il tutto con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio”.

Esponeva l'attore di avere stipulato con la Ecc.ma Camera un contratto di permuta in forza del quale egli cedeva alla convenuta un terreno in Parrocchia di Faetano distinto al Catasto Terreni al foglio 49 n. 287, e la convenuta cedeva all'attore terreni in parrocchia di Borgo Maggiore distinti al Foglio 30, nn. 787 e 785. L'atto pubblico, redatto in data 11 gennaio 1989, seguiva la convenzione stipulata fra le stesse parti in data 17 febbraio 1988, “agendo per la Ecc.ma Camera il Deputato al Territorio espressamente incaricato dal Congresso di Stato”. L'attore affermava di avere adempiuto a tutti i suoi obblighi, consegnando alla Ecc.ma Camera l'immobile di sua proprietà immune da vincoli, liti e molestie, mentre lamenta di non avere potuto prendere possesso degli immobili ricevuti in permuta dalla Ecc.ma Camera in quanto gli stessi sarebbero occupati abusivamente dal signor De Angelis Antonio, il quale si è sempre rifiutato di abbandonare i terreni. L'attore, in definitiva, esperiva la presente azione al fine di ottenere l'adempimento della Ecc.ma Camera all'obbligo contrattualmente assunto di consegnargli i terreni permutati. All'udienza fissata per la seconda citazione - non essendo la prima avvenuta a mani proprie dei Sindaci di Governo *pro tempore* - si costituiva la Ecc.ma Camera a mezzo di procuratori, i quali, nel concesso termine statutario per rispondere ed eccepire, facevano rilevare “che l'Amministrazione non può risultare inadempiente perché ha posto in atto quanto necessario per adempiere ai propri obblighi contrattuali. Pur tuttavia l'Amministrazione non ha arrecato alcun danno al Gasperoni, come si dimostrerà in corso di causa”.

Nel corso dei termini probatori venivano ammessi, su istanza della procura attrice, i documenti prodotti in uno con l'atto di citazione.



Aperto il primo termine reprobatorio, la procura convenuta chiamava in causa il signor De Angelis Antonio, per sentirlo “rispondere a quanto richiesto in citazione dall’attore signor Gasperoni Primo”, in considerazione del fatto che gli immobili ceduti dalla Ecc.ma Camera al signor Gasperoni “sono tuttora detenuti abusivamente dal signor De Angelis Antonio” e che “è tuttora pendente la causa civile di cessazione del rapporto d’affitto e risarcimento danni fra la Ecc.ma Camera ed il signor De Angelis Antonio (causa civile n. 136/1989)”.

Si opponeva alla chiamata in causa la procura attrice, in quanto “a nulla rileva se l’inadempimento è dovuto a atti o fatti compiuti da terze persone: sarà la Ecc.ma Camera ad agire con azione di rivalsa nei confronti di queste ultime”.

Il giudicante riservava al definitivo ogni decisione sull’ammissibilità e rilevanza della chiamata in causa del signor De Angelis Antonio.

Il chiamato in causa, nel frattempo, si costituiva a mezzo di procuratore, il quale faceva rilevare “che è pendente altra causa civile attualmente in appello incidentale, causa fra l’Ecc.ma Camera attrice e De Angelis Antonio convenuto, avente per oggetto un’azione di sfratto, intrapresa dalla prima nei confronti del secondo, da un immobile cui si fa riferimento anche nella presente causa. Si precisa fra l’altro che nella causa sopraddetta il De Angelis a sua volta ha citato in via riconvenzionale l’Ecc.ma Camera per vedersi riconosciuto il diritto di prelazione nell’acquisto dell’immobile di cui è locatario e permutato dalla Ecc.ma Camera con terza persona”, e chiedeva la sospensione del presente giudizio fino alla definizione della suddetta causa civile, sospensione che non veniva accordata.

Aperto il termine ad allegare tutte le procure costituite hanno depositato le rispettive memorie conclusionali. All’udienza del 15 ottobre 1992 si addiveniva all’irrotulazione, dopo di che il presente fascicolo veniva trattenuto per la decisione.

La procura attrice ha concluso chiedendo la condanna della parte convenuta “ad adempiere ai suoi obblighi contrattuali e quindi dare al signor Gasperoni la disponibilità immediata dell’immobile acquisito in permuta. Si chiede inoltre che la parte convenuta venga condannata al pagamento di tutti i danni subiti dalla parte attrice, nella misura che S.S. Ill.ma riterrà più equa, oltre al pagamento di tutte le spese ed onorari del presente giudizio, che si possono così quantificare: [...] L. 2.760.000=”.

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo che il giudicante disponga “la riunione delle cause civili n. 136/1989 e n. 257/1990 e/o ammetta e dichiari rilevante la chiamata in causa del signor De Angelis Antonio, dichiarando in ogni caso la responsabilità esclusiva del De Angelis stesso per quanto richiesto dal Gasperoni in citazione”.

La procura del chiamato in causa, infine, ha richiesto dichiararsi “l’estromissione del signor De Angelis dal presente giudizio in quanto estraneo al rapporto di cui è causa e in quanto non poteva essere al corrente della fattispecie. Dichiararsi che l’attore non ha titolo per il possesso dell’immobile o per richiesta di danni in quanto il signor De Angelis ha diritto di prelazione con conseguente sospensione del presente giudizio fino a quando non verrà decisa la causa De Angelis - Ecc.ma Camera, oltre alla condanna della stessa Ecc.ma Camera al pagamento delle spese giudiziarie ed onorari tutti della presente causa, da quantificarsi successivamente”.

## DIRITTO

1. Con la presente causa l'attore signor Gasperoni Primo agisce per ottenere l'adempimento della convenuta Ecc.ma Camera al contratto di permuta fra essi concluso. La convenuta contesta la pretesa attrice, affermando che il suo inadempimento dipende dal fatto di un terzo, il signor De Angelis, che occupa l'immobile di proprietà della stessa e oggetto di permuta, il quale si è sempre rifiutato di lasciare l'immobile *de quo*, sostenendo che alla stessa non può essere attribuita alcuna responsabilità.

In relazione a tale tesi difensiva, la convenuta, nelle allegazioni finali chiede disporsi la riunione delle cause civili n. 136/1989 e n. 257/1990 e/o ammettere e dichiarare rilevante la chiamata in causa del signor De Angelis Antonio, "dichiarando in ogni caso la responsabilità esclusiva del De Angelis stesso per quanto richiesto dal Gasperoni in citazione".

In via preliminare si deve affermare che la riunione alla presente della causa civile n. 136 dell'anno 1989, promossa dalla Ecc.ma Camera contro il signor De Angelis, ed avente ad oggetto il rilascio dell'immobile *de quo*, non è stata disposta in via istruttoria in quanto tra le due cause non esiste un rapporto di connessione qualificato, tale da giustificare la decisione congiunta e contestuale delle stesse. Non esiste connessione soggettiva, in quanto i soggetti sono diversi, né oggettiva, essendo differenti sia il *petitum* che la *causa petendi*.

Nella presente fattispecie si verifica, semmai, un caso di garanzia impropria, poiché la domanda di garanzia, vale a dire l'affermazione della convenuta del suo diritto ad essere risarcita delle conseguenze della sua eventuale soccombenza, non dipende dal medesimo titolo, ma da un titolo connesso solo in via di fatto. In tal caso non sussiste un dovere del giudicante di disporre la riunione, bensì allo stesso è attribuita esclusivamente una facoltà, che, essendo la causa n. 136 dell'anno 1989 in grado di appello, siccome espressamente dichiarato dalla procura convenuta e dalla procura del chiamato in causa, per l'assenza di un rapporto di connessione qualificato, ovvero di un nesso di pregiudizialità, nonché ragioni di opportunità e soprattutto di economia processuale, non si è ritenuto di esercitare, posto che la decisione della presente avrebbe dovuto essere sospesa fino alla definizione dell'appello.

Quanto alla chiamata in causa del signor De Angelis, si deve rilevare che ha avuto luogo il suo intervento coatto in giudizio, a seguito del quale egli ha assunto la qualità di parte processuale. La valutazione dell'ammissibilità di tale intervento è stata espressamente riservata al definitivo, e lo scioglimento della riserva presuppone che si proceda alla disamina della domanda attrice.

2. Tra il signor Gasperoni Primo e la Ecc.ma Camera è stato concluso un contratto di permuta. Dall'atto pubblico in data 11 gennaio 1989 rogato dal notaio *ad acta* dott. Roberto Cesarini - prodotto dalla procura attrice, si evince, infatti, che il signor Gasperoni Primo "per cosa che dichiara di sua proprietà, libera ed immune da pesi, vincoli, ipoteche, privilegi ed oneri reali di qualsivoglia natura e con garanzia altresì da ogni evizione" ha ceduto in permuta alla Ecc.ma Camera un terreno sito in parrocchia di Faetano e distinto al Catasto Terreni al F. 49 n. 287 di ha. 0.20 r.d. 1754 r.l. 6467. La Ecc.ma Camera ha ceduto, sempre a titolo di permuta, al signor Gasperoni Primo terreni siti in Parrocchia di Borgo Maggiore e distinti al Catasto Fabbricati al F. 30 n. 787 p.e. di mq 630 e n. 785 p.e. di mq. 450 per complessivi mq 1080 "con tutte e singole su di essi ragioni ed azioni, servitù attive e passive e con ogni altro diritto inerente".

Tra le parti è dunque stato concluso un contratto di permuta.

*Nel diritto romano giustiniano la permuta è considerata un contratto innominato, del tipo do ut des, in quanto la prestazione eseguita e quella che si attende consistono entrambe nel trasferimento della proprietà di una cosa o di una quantità di cose.*

*Per il sorgere del vincolo obbligatorio non è sufficiente - come accade nei contratti consensuali - l'accordo avente ad oggetto il compimento di prestazioni sinallagmatiche, ma occorre che ad esso si accompagni il compimento della prestazione da parte di uno dei soggetti. Il vincolo obbligatorio, in forza del quale l'altro soggetto è tenuto ad adempiere alla prestazione convenuta, nasce, pertanto solo in tale momento.*

*L'obbligazione nel contratto di permuta sorge dunque solo quando uno dei due soggetti ha eseguito la propria prestazione di dare, e cioè di trasferire la proprietà: "Item, emptio, ac venditio nuda consentientium voluntatem contrahitur: permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet; alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus; quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum non habent; ut in emptione, venditione, conductione, mandato" (D. 19, 4, 1, § 2). Di qui la principale differenza tra vendita e permuta: l'uno contratto consensuale, l'altro reale.*

*La parte che aveva eseguito la propria prestazione aveva a disposizione, secondo il diritto giustiniano, due rimedi processuali: la condictio diretta alla ripetizione di quanto dato, e quindi, alla risoluzione del contratto, e l'actio praescriptis verbis, diretta al conseguimento della controprestazione.*

*La dottrina del diritto comune accoglie i principi giustiniani sulla qualificazione della permuta come contratto innominato, del quale viene applicata la disciplina. La permuta viene definita come "un contratto innominato di buona fede, mediante il quale vien data una cosa propria, affinché in iscambio un altro dia una cosa propria; e quindi è un contratto innominato do perché tu dia [...] La permuta invece non ha principio che dalla dazione di una cosa [...] Per la permuta è data l'azione di buona fede praescriptis verbis, competente a chi diede la cosa sua in confronto di chi la ricevette, perché questi dia in iscambio ciò che promise, o risarcisca l'altro dei danni e degli interessi" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. XIX, tit. IV, nn. 1,2,3). E ancora: "Permutatio ad primam contractuum innominatorum speciem pertinet, seu ad contractum do ut des, atque definiri potest contractus innominatus, quo res propria alteri datur, ut vicissim ipse rem propriam det.[...] permutatio autem initium habet a datione [...] Sed quid iuris, si unus ex contrahentibus rem ab alio iam acceperit, non vero ex parte sua dederit? Actione in factum, seu praescriptis verbis cogi potest ut rem tradat, vel praestet id quod interest, nisi malit is, qui dedit, rem sua recipere: quo sensu intelligendus est Paulus, cum alibi ait, non agi ad id quod interest, sed ad datae rei restitutionem" (T.M. RICHERI, Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia, Lib. III, tit. XVIII, §§ 2787, 2789, 2792).*

*La giurisprudenza sammarinese si è uniformata a tale indirizzo, affermando che "la permuta, perché possa dirsi compiuta, richiede, oltre il consenso, la tradizione del bene" (sentenza del Commissario della legge in data 11 settembre 1967, Giur Samm., 1964-69, p. 371 s.).*

*Nella presente fattispecie, l'attore, che ha provveduto alla consegna dell'immobile ceduto a titolo di permuta - siccome non contestato -, esperisce dunque l'actio praescriptis verbis al fine di ottenere la prestazione cui si era obbligata la convenuta Ecc.ma Camera.*

*Risulta dagli atti che l'attore "non ha potuto prendere legittimo possesso del bene ricevuto in permuta, a causa del comportamento ostile di tale signor De Angelis Antonio, il quale si rifiuta di abbandonare detta area di terreno, sulla quale ha, fra l'altro, edificato*

abusivamente capanni agricoli” (lettera inviata dall’avv. Bacciocchi alla Segreteria Affari Interni, all’Ufficio Assistenza legale ed al Dicastero al Territorio e Ambiente in data 16 maggio 1990). Tale circostanza non risulta contestata dalla convenuta, e quindi è da affermare che la stessa convenuta non ha eseguito la consegna dell’immobile ceduto, e quindi risulta oggettivamente inadempiente nei confronti dell’attore della prestazione da essa promessa.

3. La procura convenuta, peraltro, afferma che l’inadempimento non è ad essa imputabile, in quanto “unico responsabile della turbativa della libera disponibilità degli immobili” ceduti all’attore a titolo di permuta è il signor De Angelis, nei confronti del quale l’attore avrebbe dovuto “instaurare opportuna azione possessoria e di liberazione dei beni”. Si osserva, al riguardo, ed in via meramente incidentale, che l’attore non avrebbe potuto esperire alcuna azione possessoria verso il De Angelis, essendo carente di legittimazione attiva, non essendogli stato consegnato il bene immobile e quindi trasferito il possesso sullo stesso.

La procura convenuta, poi, precisa che “l’Ecc.ma Camera ha posto in essere ogni azione necessaria al libero godimento dei beni ceduti in permuta a favore del signor Gasperoni e che eventuali responsabilità e danni sono da riconoscere a carico del signor De Angelis”. A tal fine chiede la riunione alla presente della causa civile n. 136 dell’anno 1989 promossa dalla Ecc.ma Camera contro il signor Gasperoni ed avente ad oggetto lo sfratto dall’immobile *de quo*, ovvero la dichiarazione di rilevanza della chiamata in causa dello stesso signor De Angelis, e la conseguente declaratoria di responsabilità del medesimo “per quanto richiesto dal Gasperoni in citazione”.

La riunione delle due cause, non connesse, e in grado differente, non è stata disposta per le ragioni sopra esposte.

Quanto alla chiamata in causa del signor De Angelis, si evidenzia che ha avuto luogo il suo intervento in giudizio, la valutazione della cui ammissibilità è stata riservata in questa sede.

**La giurisprudenza sammarinese ha posto il principio che l’intervento in causa di un terzo è possibile fino a che non sia aperto il termine ad allegare, in quanto, da questo momento, essendo conclusa l’istruttoria, non risulta più possibile il contraddittorio fra le parti** (sentenza del Commissario della Legge in data 9 febbraio 1923, *Giur. Samm.*, 1923, p. 12); **che “colui che è chiamato ad intervenire in causa diventa parte nella stessa e contro di esso ognuna delle parti che già si trovano in giudizio può formulare domande o richieste di condanna”** (Sentenza del Commissario della Legge in data 15 luglio 1925, *Giur. Samm.*, 1925, p. 20), e che **“la istanza di intervento coatto del terzo in giudizio importa soltanto la comunione di diritti e di obbligazioni e della conseguente difesa tra chi chiama e chi è chiamato ad intervenire”** (Sentenza del Commissario della Legge in data 23 marzo 1926, *Giur. Samm.*, 1926, p. 17).

In definitiva il terzo con la chiamata in causa, diviene parte processuale, con la conseguenza della formazione del giudicato nei suoi confronti. Il presupposto specifico dell’intervento coatto è la comunanza di controversia. Tale comunanza è da intendersi come identità di causa o come connessione. L’identità si ha nei casi in cui il terzo è titolare di un rapporto giuridico avente, con quello dedotto in lite, comune l’oggetto e la *causa petendi*, ipotesi che - come noto - dà luogo al litisconsorzio necessario. La connessione si verifica, invece, quando siano comuni

**l'oggetto e la causa petendi, di modo che il terzo chiamato assume la stessa posizione processuale di colui che lo ha chiamato.**

Nella presente fattispecie non vi è né identità né connessione tra il rapporto giuridico intervenuto tra il signor Gasperoni e la Ecc.ma Camera, di cui è causa, e quello tra il signor De Angelis e la Ecc.ma Camera; né vi è alcun rapporto giuridicamente rilevante tra il signor Gasperoni ed il signor De Angelis.

La situazione che si verifica nella presente fattispecie è quella di una **chiamata in garanzia c.d. impropria, il cui elemento caratteristico è che il chiamato non ha né può avere la benché minima legittimazione a contraddire, direttamente e personalmente, l'azione portata contro il chiamante. Si determina, in altre parole, un caso di interferenza e collegamento tra rapporti giuridici, con possibilità di ripercussioni a catena di conseguenze dall'uno all'altro; ma non vi è né un garantire né una obbligazione di garantire. Nei confronti dell'attore esiste solo, in virtù del rapporto sostanziale, la sua controparte contrattuale diretta, e non già il terzo, derivandone che il terzo non assume la qualità di parte processuale nel giudizio principale. In sostanza, con tale chiamata in causa si originano due azioni distinte, che possono essere trattate nello stesso processo, ovvero in giudizi separati.**

Ed in effetti, il signor Gasperoni, con l'azione principale, chiede la condanna della Ecc.ma Camera alla consegna dell'immobile da questa cedutagli a titolo di permuta; l'Ecc.ma Camera chiede l'accertamento della responsabilità del signor De Angelis per la mancata riconsegna dell'immobile *de quo* dallo stesso detenuto sulla base di un contratto d'affitto, e la condanna dello stesso alla consegna dell'immobile medesimo.

Atteso che, come concordemente dichiarato dalla procura convenuta e dalla procura del chiamato in causa, è pendente altro giudizio - attualmente in fase d'appello - avente ad oggetto lo sfratto del signor De Angelis dall'immobile *de quo*, e considerato che nel presente giudizio non sono state fornite prove sul rapporto contrattuale tra la Ecc.ma Camera ed il signor De Angelis, e quindi sul titolo dell'occupazione degli immobili dei quali è causa, questo giudicante non può prendere in esame l'azione intentata dalla convenuta contro il chiamato in causa, la cui decisione deve essere rinviata a separato giudizio.

Deve, di conseguenza, essere ordinata l'estromissione del signor De Angelis dal presente giudizio, al quale, per i motivi sopra esposti, egli è estraneo.

4. Nemmeno, ed a maggior ragione, non può questo giudicante prendere in esame la richiesta del chiamato in causa di dichiarare che "l'attore non ha titolo per il possesso dell'immobile o per la richiesta di danni in quanto il signor De Angelis ha diritto di prelazione con conseguente sospensione del presente giudizio fino a quando non verrà decisa la causa De Angelis-Ecc.ma Camera".

Il rapporto sostanziale dedotto nel presente giudizio è la permuta intervenuta tra la Ecc.ma Camera ed il signor Gasperoni Primo. Tra il presente giudizio e quello richiamato tra la Ecc.ma Camera ed il signor De Angelis non esiste connessione alcuna, né alcun nesso di pregiudizialità, trattandosi di rapporti giuridici autonomi, seppure correlati quanto alle conseguenze dei relativi giudizi. Il signor De Angelis potrà far valere le sue pretese verso l'Ecc.ma Camera nel diverso giudizio di cui attende la definizione.

5. Sulla scorta di quanto precede deve essere dichiarato l'inadempimento della Ecc.ma Camera e la stessa deve essere condannata alla consegna al signor Gasperoni dei terreni

siti in Parrocchia di Borgo Maggiore e distinti al Catasto Fabbricati al F. 30 n. 787 p.e. di mq 630 e n. 785 p.e. di mq. 450 per complessivi mq 1080.

La procura attrice richiede, altresì, la condanna della convenuta “al pagamento di tutti i danni subiti dalla parte attrice, per il mancato godimento del bene, nella misura che S.S. Ill.ma riterrà più equa”.

*Trattasi di risarcimento di danni derivanti da responsabilità contrattuale: “in via di massima si ha l’inadempimento di una obbligazione sia quando la prestazione, che ne forma l’oggetto non venga eseguita affatto, sia quando venga eseguita parzialmente o inesattamente [...]. Nell’un caso e nell’altro l’inadempiente è tenuto al risarcimento dei danni o in base al dolo (se l’inadempimento sia stato dal debitore voluto coscientemente) o in base alla colpa (mancanza di diligenza)” (sentenza del Commissario della Legge in data 13 giugno 1966, Giur. Samm., 1964-69, p. 319).*

*L’elaborazione storica dei principi inerenti alla responsabilità contrattuale muove dai criteri di imputazione della responsabilità medesima, e quindi da una impostazione decisamente soggettiva.*

*Dolo e colpa si pongono dunque come criteri di imputazione, l’uno della volontà e l’altro dell’intelletto, e costituiscono, rispettivamente, violazione della fides o della diligentia cui il debitore era tenuto nei confronti della controparte (D. 18, 1, 68). Nel diritto giustiniano al creditore incombeva l’onere della prova sul dolo o la colpa del debitore - ad eccezione delle obbligazioni di consegnare e di restituire, per le quali, dovendo il debitore custodiam praestare, egli rispondeva della mancata consegna, quando la cosa periva o veniva ad esempio sottratta, salvo la prova liberatoria su eventuali iustae causae di impedimento: D. 18, 6, 12, e D. 16, 3, 1, 22 -, e cioè egli doveva dimostrare la mancata prestazione dell’impegno dovuto nell’adempimento dell’obbligazione, nonché del danno effettivamente subito, potendo essere risarciti solo i danni che direttamente e normalmente derivano dall’inadempimento.*

*In sostanza, “dal diritto romano derivò il principio per il quale il debitore contrattuale deve rispondere per ogni colpa anche lieve e non solo per atti positivi ma anche per omissioni che gli siano imputabili per non aver usato la diligenza che avrebbe usato un padre di famiglia nel condurre un negozio o nel custodire una cosa” (P.S. LEICHT, Storia del diritto italiano. Diritto privato, Parte III - Le obbligazioni, Milano, 1948, p. 77).*

*Tale orientamento è recepito dalla dottrina del diritto comune, e, quindi dalla giurisprudenza sammarinese (cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 27 giugno 1953, in Giur. Samm., 1963, p. 297, e relativamente alle cause di esonero da responsabilità cfr. la sentenza del Commissario della Legge in data 3 giugno 1988, nella causa civile n. 144 dell’anno 1984).*

*Quanto alla risarcibilità del danno, la giurisprudenza sammarinese ha chiarito che “è risarcibile solo quel danno che deriva, come effetto da causa, dall’inadempimento. Questo principio di equità non era sfuggito al diritto romano e ad esprimerlo fu detto da Paolo che il creditore dovesse chieder conto della “utilitas, quae circa ipsam rem consistit” (leg. 21 parag. 3. D. XIX, 1): a questa formula i commentatori di diritto comune contrapposero, onde esprimere il danno non risarcibile, la utilitas extra rem o quae venit extrinseco. A questi concetti troppo vaghi i legislatori moderni hanno sostituito la formula non doversi il risarcimento estendere oltre i danni che sono conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento dell’obbligazione. Si discute se nella colpa contrattuale debbano - in base al diritto romano comune - risarcirsi solo i*

*danni previsti o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto. [...] la opinione prevalente ritiene che il principio debba applicarsi in ogni caso, come regola destinata a determinare il risarcimento dei danni per mancato o imperfetto adempimento di qualsivoglia obbligazione [...] In definitiva anche nel diritto comune consuetudinario sammarinese trovano applicazione, almeno in via di massima [...] i principi stabiliti dagli artt. 1223 e 1225 cod. civ. italiano” (sentenza del Commissario della Legge in data 21 maggio 1965, Giur. Samm., 1964-69, p. 275 ss.).*

Nella specie trattasi di obbligazione di consegnare una cosa determinata. Non ritiene, peraltro, questo giudicante sussistere la colpa della convenuta, atteso che se è vero che al momento in cui l'obbligazione è sorta i terreni erano già occupati dal signor De Angelis, e dunque sussisteva già la situazione che avrebbe poi impedito il regolare adempimento, si deve pure riconoscere, *in primis*, che non è stato contrattualmente convenuto il termine per la consegna degli immobili permutati, e che, inoltre, la convenuta si è attivata tempestivamente al fine di ottenere la libera disponibilità dell'immobile permutato, onde procedere alla *traditio* dello stesso al signor Gasperoni Primo. Risulta infatti dagli atti che già il 27 ottobre 1988 l'allora Deputato al Territorio ed Ambiente ha intimato al signor De Angelis la restituzione dei terreni, e che nel 1989 è stata promossa dalla Ecc.ma Camera una causa di sfratto nei confronti del signor De Angelis, antecedentemente, quindi, alla richiesta di adempimento formulata dal signor Gasperoni Primo a mezzo del suo legale (lettera in data 16 maggio 1990).

Giova ricordare, in relazione all'affermazione della procura attrice contenuta nelle finali allegazioni (“è possibile che lo Stato [...] non sia in grado e non abbia i mezzi giuridici per ottenere la disponibilità ed il possesso di un bene che gli appartiene e che abusivamente e illegalmente è occupato da terze persone?”), che **lo Stato, allorché conclude contratti iure privatorum si trova nella stessa posizione dei privati, e dunque dispone dei rimedi giuridici che spettano a questi ultimi, quali l'accertamento giudiziale della mancanza del titolo per l'occupazione e la richiesta di sfratto all'Autorità Giudiziaria, che è stata posta in essere.**

Si deve rilevare, infine, che, anche volendo accedere alla tesi della colpa della convenuta, e, quindi, della sua responsabilità contrattuale, la domanda di risarcimento danni non potrebbe comunque essere accolta, in quanto non è stata fornita la prova dell'esistenza del danno derivante dal ritardo nella consegna, prova che, secondo gli ordinari principi dell'*onus probandi*, spetta all'attore, ed in assenza della quale non può procedersi alla liquidazione, neppure in via equitativa, del danno.

6. In definitiva, deve ordinarsi l'estromissione dal presente giudizio del chiamato in causa signor De Angelis Antonio.

Deve, poi, dichiararsi che la convenuta Ecc.ma Camera è tenuta ad adempiere all'obbligazione assunta con il contratto di permuta nei confronti del signor Gasperoni, con condanna della stessa alla consegna all'immobile permutato.

Il parziale accoglimento delle domande attrici conduce a derogare al principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, disponendo la compensazione per metà delle spese ed onorari del presente giudizio, che per l'altra metà vanno poste a carico della convenuta.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 11 febbraio 1993.

S.r.l. F.D.P. Gattei Stampa (Avv. G. Giardi) : Ditta Raschi Marino (Avv. G.M. Marcucci) – Causa n. 112, anno 1990.

**Prova civile – Contraddittorio giudiziale – Confessione qualificata – Scindibilità e inscindibilità – Compensazione – Società a responsabilità limitata – Autonomia patrimoniale.**

*Il giudiziale contraddittorio è un mezzo di prova che ha il fine di provocare la confessione di una delle parti.*

*E' confessione qualificata quella accompagnata dall'affermazione di altri fatti, tali da modificarne od estinguerne gli effetti.*

*La confessione è inscindibile in connexis e divisibile in disjunctis.*

*Requisito della compensazione fra due "mutae petitiones" è che il credito opposto sia liquido o di facile e pronta liquidità.*

*La società a responsabilità limitata è soggetto di diritto, dotato di autonomia patrimoniale perfetta, a se stante, distinto dalle persone dei soci.*

---

#### FATTO

Con atto di citazione in data 4 aprile 1990 la società a Responsabilità Limitata F.D.P. S.r.l. GATTEI STAMPA E STAMPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, ha convenuto in giudizio la ditta Raschi Marino, in persona dell'omonimo titolare per sentirla condannare al pagamento "della somma di L. 5.411.085, o quella maggiore o minore risultante di giustizia, oltre interessi e tutte le spese conseguenti".

Esponeva l'attrice di avere fornito alla convenuta 7.300 depliant a colori plastificati a sei ante al prezzo unitario di L. 700, per l'importo complessivo di L. 5.171.400, di cui L. 5.110.000= per sorte e L. 61.400= per spese effetti cambiari, merce debitamente consegnata e non pagata, nonostante i ripetuti solleciti. Precisava che tutte le tratte emesse in pagamento erano state protestate, con un ulteriore aggravio di spese di insoluti e bancarie pari a L. 239.685=.

All'udienza fissata per la seconda citazione, non essendo stata la prima notificata a mani proprie del titolare della Ditta Raschi Marino, si costituiva la convenuta.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza della procura attrice, documenti, nonché il giudiziale contraddittorio fra le parti in causa, esperito all'udienza del 14 novembre 1991.

Aperto il termine ad allegare, entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali; all'udienza del 26 novembre 1992 si addiveniva all'irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo veniva trattenuto per la decisione.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso chiedendo: a) condannare la convenuta al pagamento in favore della società attrice della somma risultante dai documenti prodotti in atti; b) condannare la convenuta al pagamento dei danni derivanti dalla svalutazione monetaria in uno con gli interessi a far data dal momento in cui il



pagamento doveva essere effettuato; c) condannare la convenuta al pagamento di spese, funzioni ed onorari tutti del presente giudizio”.

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo che si “dichiari interamente compensata la pretesa creditoria della parte attrice, respingendo perciò la domanda di quest’ultima, condannandola al pagamento delle spese processuali ed onorari tutti della presente fase del procedimento, i quali ultimi si quantificheranno successivamente”.

## DIRITTO

1. In via preliminare deve essere sciolta la riserva circa l’ammissione del giudiziale contraddittorio tra le parti in causa, formulata nel decreto in data 18 ottobre 1991, conformemente al disposto dell’art. 3 sub 6 della legge 13 gennaio 1989 n. 5 - secondo cui è “sempre riservato alla sentenza definitiva ogni giudizio sulla effettiva ammissibilità, proponibilità ed influenza dei mezzi di prova ammessi” -, a seguito di opposizione spiegata dalla procura attrice con comparsa in data 17 ottobre 1991.

**Il giudiziale contraddittorio è un mezzo di prova, ammesso dalla consuetudine, che ha il fine di provocare la confessione di una delle parti. Esso “può essere ordinato dal Giudice, o domandato anche da una sola delle parti”** (T.C. GIANNINI, *Sommario di Procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed. riveduta dal dott. F. Violi, San Marino, 1967, p. 61). Tale mezzo di prova nella specie deve essere dichiarato effettivamente ammissibile e proponibile, ed anche influente, posto che, se è vero che la pretesa attrice si fonda su prove documentali, nel corso dello stesso la parte convenuta ha confessato l’esistenza del debito e sollevato l’eccezione di compensazione.

2. Al fine di esaminare il merito della presente fattispecie occorre precisare che il credito della parte attrice risulterebbe da cambiali tratte regolarmente protestate.

Si deve subito osservare che i documenti depositati in uno con istanza di citazione sono solo materialmente allegati al fascicolo processuale, in quanto non è mai stata chiesta e quindi disposta la formale ammissione degli stessi agli atti di causa. All’uopo giova richiamare che l’art. 3 sub 1 della legge 19 gennaio 1989 n. 5 dispone che “le istanze di ammissione di mezzi di prova possono essere avanzate nel corso di cinque termini” (due probatori, due reprobatori ed uno di controprova). Non essendo stata richiesta la ammissione nei termini di prova, tali documenti non possono essere presi in esame dal giudicante.

Risultano pertanto ammessi formalmente solo i documenti prodotti dalla procura attrice con comparse in data 5 ottobre 1990 e 3 dicembre 1990, e cioè due cambiali tratte rispettivamente di L. 248.280, con scadenza 30 ottobre 1989, e relativo atto di protesto, e spese pari a L. 26.000=, e di L. 1.230.780=, con scadenza al 30 agosto 1989, e relativo atto di protesto, e spese pari a L. 40.000=, per complessive L. 1.545.060=.

Vale la pena osservare, peraltro, nonostante le premesse considerazioni, che la somma complessiva portata dai titoli di credito allegati e di quelli ammessi formalmente agli atti è pari a L. 5.171.400=, e non L. 6.900.000=, come dichiara la procura attrice nelle allegazioni finali.

Fondamentale importanza per la decisione della presente fattispecie assumono pertanto le dichiarazioni rese dalle parti nel corso del giudiziale contraddittorio.

3. Come detto il giudiziale contraddittorio fra le parti in causa ha come fine quello di provocare la confessione, che, come noto, è l’affermazione che una parte fa della verità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli alla controparte.

Nella presente fattispecie il signor Raschi non nega l'esistenza del rapporto, anzi afferma chiaramente di aver commissionato alla società attrice la realizzazione di depliant e di un catalogo; non contesta la pretesa attrice, e confessa, dunque, giudizialmente il proprio debito; accompagna tuttavia alla confessione l'affermazione di fatti tali da modificarne o estinguerne gli effetti, in quanto oppone alla attrice la compensazione di tale debito con un credito precedentemente sorto a seguito di un mutuo tra lo stesso convenuto ed il signor Paolo Gattei.

Sembra dunque trattarsi di confessione c.d. *qualificata*: **“dicesi qualificata la confessione di debito, fatta in giudizio dal convenuto, con aggiunti elementi tali che ne modificano le normali conseguenze giuridiche: come ad esempio, l'ammissione di essere bensì debitore della somma richiesta dall'attore ma per una causa che esclude l'obbligo del pagamento (come nel caso di debiti di gioco) o come nel caso che il confidente aggiunga che il debito deve intendersi compensato, in tutto od in parte, con un suo credito verso l'attore”** (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed. riveduta dal dott. F. Viroli, San Marino, 1967, p. 59). **In tal caso il problema è quello di verificare se tale confessione sia da considerarsi scindibile o inscindibile.** La giurisprudenza sammarinese ha, in presenza di una fattispecie analoga alla presente, affermato che “sia da seguire la equitativa teorica di Bartolo (sulla legge 28, parag. 2, D, de liberat. leg.), sostanzialmente indicata dalla Glossa, per cui **la confessione è inscindibile in connexis e divisibile in disjunctis.** **In altre parole la confessione è inscindibile quando la dichiarazione aggiunta si riannodi al fatto principale come conseguenza ordinaria od accidentale di essa** (e quindi inscindibile la confessione che, secondo la pratica, viene chiamata *qualificata* e, in parte, anche quella *complessa* o *connessa*); **è invece divisibile se l'accessoria aggiunta versa sopra un fatto del tutto distinto dal principale** (così, ad esempio, se alcuno confessa bensì di avere ricevuto cento a mutuo ma aggiunge di essere creditore per altra causa <<tunc, secondo Bartolo, confessio dividitur et quod mutuum condemnatio fit, nisi ex alia allegata causa creditum manifeste et incontinenter probetur>>). All'uopo avverte il De Luca (*Theatrum Veritatis et iustitiae*, lib. XV, disc. 23, n. 26) che **è difficile fissare una precisa regola generale e che, per ciò, deve tenersi conto di ogni singolo caso mediante il prudente arbitrio del giudice”** (sentenza del Commissario della Legge in data 8 febbraio 1958, *Giur. Samm.*, 1964, fasc. 1, p. 83 ss., riportata *ad unguem* dal dott. Viroli nella seconda edizione del *Sommario di procedura giudiziaria civile* di T.C. Giannini, p. 59).

Nella presente fattispecie il signor Raschi afferma: “nel 1975 ho fatto un prestito al signor Paolo Gattei, non ricordo se di L. 3.500.000= ovvero di L. 4.500.000= [...] Ci siamo tenuti in contatto finchè nel 1987 e 1988 ha realizzato per me un depliant credo del valore di L. 600 o 700mila lire. In un secondo tempo ho fatto realizzare anche un catalogo ed il signor Gattei mi ha chiesto di provvedere al pagamento di quanto aveva realizzato e fornito [...] con la realizzazione del depliant e del catalogo pensavo di aver compensato il credito che vantavo nel confronti del signor Gattei dal 1975 più gli interessi maturati nel frattempo con il debito verso lo stesso per la fornitura”. Vi è dunque l'affermazione dell'esistenza del debito, che non viene assolutamente contestato, cui si aggiunge l'eccezione di compensazione.

Sulla scorta dei principi elaborati dalla giurisprudenza sammarinese e sopra richiamati, deve affermarsi che, nella specie la confessione deve considerarsi scindibile, conseguendone la prova del credito vantato dalla parte attrice.

4. Occorre peraltro esaminare l'eccezione di compensazione avanzata dal convenuto. Al riguardo il signor Paolo Gattei dichiara: "il signor Raschi Marino prestò la somma di L. 3.500.000= non personalmente a me bensì alla società in nome collettivo Grafiche Gattei corrente in Villa Verrucchio e la società rilasciò al signor Raschi Marino dei pagherò per l'importo e gli interessi [...] La società F.D.P. s.r.l. di cui sono legale rappresentante pro tempore realizzò per il signor Raschi Marino il depliant Eurotitano, il quale fu pagato da me alla società e per il quale quindi il signor Raschi Marino non ha pagato nulla. Il valore commerciale del depliant al momento della realizzazione era di L. 4.500.000=. Poi successivamente il signor Raschi Marino commissionò alla società F.D.P., firmando un regolare contratto, la realizzazione del catalogo che gli fu fatturato come da contratto, e per il quale il signor Raschi Marino non ha provveduto al pagamento".

Il signor Gattei, dunque, confessa l'esistenza del debito verso il signor Raschi Marino, derivante da un mutuo alla società in nome collettivo Grafiche Gattei, ma dichiara, altresì di avere provveduto ad estinguerlo mediante il pagamento alla società a responsabilità limitata F.D.P. dei depliant realizzati per il signor Raschi. Di tale seconda affermazione, concernente l'estinzione del debito, non risulta agli atti prova alcuna, per cui occorre verificare se possa operare o meno la compensazione.

5. *La compensazione è uno dei modi di estinzione delle obbligazioni, e consiste nella estinzione di due debiti reciproci esistenti fra le stesse persone. Secondo il diritto romano "compensatio est debiti crediti inter se contributio" (D. 16, 2, 1) e trova luogo quando, esistendo fra due persone debiti e crediti in direzione inversa, il credito di ciascuna si riduce in ragione di quello della controparte.*

*I principi che regolano la compensazione nel diritto comune trovano la fonte in una costituzione di Giustiniano (C. 4, 31, 14), che ha riformato la configurazione dell'istituto delineata nel diritto romano classico. Prima, infatti, nel sistema del processo per formulas, la compensazione avveniva per opera del giudice; per effetto di tale costituzione imperiale, invece, si verifica ipso iure, ed i suoi effetti retroagiscono al momento in cui i due crediti sono venuti a coesistere: "Compensationis ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda". Perché possa operare la compensazione, tuttavia, è necessario che il credito opposto in compensazione sia liquido o comunque di pronta liquidazione: "Ita tamen compensationes objici iubemus, si causa ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare"; i giudici, peraltro, sono invitati a non essere "procliviores in admittendas compensationes" ed a rinviare ad altro giudizio le pretese che richiedano maggiori accertamenti (C. 4, 31, 14, § 1).*

*Tali principi sono stati accolti dalla dottrina del diritto comune (cfr., per tutti, DE LUCA, Dottor Volgare, Lib. VII, cap. XV) e recepiti dalla giurisprudenza sammarinese (cfr., ad esempio, la sentenza del Giudice delle Appellazioni in data 3 aprile 1964, Giur. samm., 1964-69, p. 136 ss.; e le sentenze del Commissario della Legge in data 6 giugno 1964, Giur. samm., 1964-69, p. 242, e in data 7 aprile 1972, Giur. samm., 1970-80, p. 280 ss.).*

*E' d'uopo procedere, dunque, all'accertamento dei presupposti della compensazione, che sono l'esistenza di due debiti e crediti reciproci fra le stesse persone, la liquidità, l'omogeneità e che "il credito, col quale si vuol fare la compensazione, sia sopravvenuto; ma non già quando competesse nel tempo che si sia contratto il debito: cioè che se (per esempio) Tizio fosse già creditore di Sempronio, e sapendolo, ciò non*

*ostante, si costituisse di lui debitore per un'altra causa, in tal caso non potrà opporre della compensazione, mentre così ha dichiarato di non volersene servire, perché altrimenti potea, e dovea non obbligarsi” (DE LUCA, Dottor Volgare, Lib. VIII, cap. XV, n. 6). A temperamento di quest'ultimo assunto, peraltro, si osserva che “quando l'equità lo persuada, è solito in pratica ammettersi un arbitrio, ovvero un ufficio del Giudice, se non per via di compensazione, almeno per via di ritenzione, per la ragione del dolo, o del vano circuito: che però non vi si può stabilire una regola ferma, dipendendo la decisione in gran parte dalle circostanze di fatto” (DE LUCA, op. loc. cit., n. 7).*

*Indubbiamente sussiste il requisito della omogeneità: entrambi i crediti hanno infatti per oggetto una somma di denaro.*

*Per quanto concerne la liquidità, vale a dire l'essere il credito opposto in compensazione già determinato nell'ammontare ed accertato o comunque di facile accertamento, si rileva che, a seguito della confessione delle parti, tale requisito sussiste.*

*Ritiene, peraltro, questo giudicante che nella specie manchi il requisito dell'esistenza dei debiti reciproci fra le stesse persone.*

Il signor Raschi ha dato a mutuo una somma alla società in nome collettivo Grafiche Gattei corrente a Villa Verrucchio, di cui sembra che il signor Paolo Gattei fosse socio, successivamente fallita. La realizzazione dei depliant e del catalogo è stata commissionata alla società a responsabilità limitata F.D.P., di cui il signor Gattei Paolo è amministratore unico, onde tale società è creditrice nei confronti del signor Raschi per l'importo della fornitura.

La procura convenuta afferma che “nessuna giuridica influenza può avere il fatto che la somma venne concessa alla ditta “Grafiche Gattei” e non personalmente al signor Gattei, in quanto la ditta in questione altro non era che una società in nome collettivo, in cui i soci rispondono personalmente ed illimitatamente, col loro patrimonio, dei debiti contratti dalla società, salvo il regresso del socio che ha estinto il debito nei confronti degli altri soci. [...] Di conseguenza è legittima la richiesta formulata dal signor Raschi di estinguere il credito vantato dal predetto signor Raschi nei confronti della ditta Grafiche Gattei s.n.c.”.

A ciò si oppone il rilievo che, a prescindere dalle questioni relative alla autonomia patrimoniale, comunque riconosciuta, sebbene in forma attenuata, alla società in nome collettivo e alla responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali, il signor Raschi è debitore nei confronti della società a responsabilità limitata F.D.P., che è soggetto affatto diverso rispetto sia alla società in nome collettivo Grafiche Gattei, sia al signor Gattei Paolo.

**La società a responsabilità limitata, come è noto, è una società di capitali, alla quale è riconosciuta dall'ordinamento la personalità giuridica, che viene acquistata al momento dell'iscrizione nel Registro delle società tenuto dalla Cancelleria del Tribunale. In tal modo la società a responsabilità limitata è un soggetto di diritto, dotato di autonomia patrimoniale perfetta, a sé stante, distinto dalle persone dei soci.** Si determina, quindi una completa separazione ed autonomia della società dalle persone dei soci, sia nei rapporti interni che nei rapporti esterni. Ciò risulta espressamente dall'art. 2472 del codice civile italiano, a tenore del quale “nella società a responsabilità limitata per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio”, che trova il suo corrispondente negli artt. 8 e 18 della legge sammarinese

del 13 giugno 1990 n. 68, i quali dispongono, rispettivamente, che “nella società di capitali, per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio”, e che “con l’acquisto della personalità giuridica, il patrimonio della società è distinto dal patrimonio dei soci”. L’amministratore, anche quando sia socio, è legato da un rapporto organico con la società, che ha il compito di gestire e rappresentare, senza che possa aversi confusione alcuna tra lo stesso e la società.

Di conseguenza, appare evidente che la s.r.l. F.D.P. è un soggetto affatto diverso sia dalla s.n.c. Grafiche Gattei, sia dal signor Paolo Gattei. Non può essere dunque opposto in compensazione alla s.r.l. F.D.P. un credito vantato nei confronti di soggetti diversi.

Il signor Raschi, per ottenere la soddisfazione del suo credito deve dunque esperire apposita azione nei confronti del signor Gattei Paolo, e non può reclamare la compensazione con il credito vantato da un soggetto diverso.

6. Accertata l’esistenza del debito della convenuta nei confronti della società attrice, e l’inopponibilità della compensazione, la medesima convenuta deve essere condannata al pagamento, in favore della società attrice della somma richiesta in citazione pari a L. 5.171.400=, nonché alle spese di protesto e bancarie documentate relative ai due effetti formalmente ammessi agli atti, pari a complessive L. 66.000=, e così per totali L. 5.237.400=.

La procura attrice richiede, poi la condanna della convenuta “al pagamento dei danni derivanti dalla svalutazione monetaria in uno con gli interessi a far data dal momento in cui il pagamento doveva essere effettuato”.

**Relativamente agli interessi si rileva che essi conseguono alla mora, e rappresentano nelle obbligazioni pecuniarie i danni derivanti dal ritardo nell’eseguirle** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 191). **Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica *ex re*, secondo il brocardo “*dies interpellat pro homine*”), negli altri casi, quando il creditore abbia inutilmente chiesto l’adempimento, di modo che essa decorre dalla “*interpellatio*”** (cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI).

**Nelle cambiali la scadenza è un elemento essenziale delle stesse, con la conseguenza che il debitore cambiario è in mora dalla scadenza della cambiale** (cfr., per esempio, Sentenza del Commissario della Legge in data 13 dicembre 1952, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 2, p. 293, riferita, peraltro, agli interessi convenzionali). Essendo state formalmente ammesse agli atti di causa solo due cambiali tratte rispettivamente di L. 248.280, con scadenza 30 ottobre 1989, e relativo atto di protesto, e spese pari a L. 26.000=, e di L. 1.230.780=, con scadenza al 30 agosto 1989, e relativo atto di protesto, e spese pari a L. 40.000=, vanno riconosciuti gli interessi al tasso legale del 7% sulla somma di L. 1.270.780= dal 30 agosto 1989, e sulla somma di L. 274.280= dal 30 ottobre 1989. Sulla residua somma di L. 3.692.340=, non essendo stati formalmente ammessi agli atti i titoli cambiari, nè la lettera di messa in mora, gli interessi vanno riconosciuti dalla data della citazione (4 aprile 1990) al saldo.

Infine, va riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo gli indici ISTAT, a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla convenuta che non ha tempestivamente provveduto al pagamento. Tale danno deriva alla attrice dall’accertato minore potere d’acquisto della moneta, che essa è stata costretta a subire per non avere avuto la disponibilità della somma conseguente al pagamento.

7. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidate con successivo decreto, vanno posti a carico della parte convenuta, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

## 90.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 2 marzo 1993.

Bollini Rag. Monica e Bizzocchi Rag. Milena (Avv.ti G.L. e G.N. Berti) : Rosti Rag. Giorgio (Avv. L. Mazza) – Causa n. 156, anno 1992.

### **Associazione di fatto tra professionisti – Inammissibilità – Comunione – Scioglimento – Arbitrato libero.**

*Tra i professionisti, l'associazione, come pactum societatis, nasce soltanto nelle forme essenziali previste da precise disposizioni di legge*

*Pertanto l'associazione "di fatto" tra professionisti non costituisce il pactum societatis, ma un contratto di comunione di beni.*

*La disciplina statutaria del compromesso necessario non è applicabile allo scioglimento della comunione di beni degli associati di fatto, non potendosi ad essi riconoscere la qualità di "consortes, soci, seu partiarum".*

*Resta quindi fermo che essi possono esperire l'arbitrato libero.*

---

## FATTO

Con istanza del 30 luglio 1992 le attrici hanno chiamato in giudizio il convenuto per sentire "pronunciare lo scioglimento della associazione professionale di fatto fra le attrici ed il convenuto a far data dal 1° luglio 1992, senza alcun pregiudizio per i clienti, con assegnazione delle quote di pertinenza sui beni e sui proventi dell'attività professionale svolta dallo studio associato Fantini e comunque sul riparto delle attività e delle passività di competenza delle parti il tutto dal gennaio 1992 fino alla data del 30 giugno 1992".

Lamentano le attrici di avere rilevato assieme al convenuto uno studio professionale costituendo per la gestione una "associazione professionale di fatto", e che in data 30 giugno 1992 hanno comunicato al convenuto la loro formale volontà di scioglimento della suddetta "associazione".

In conseguenza dell'instaurata causa sono stati chiesti provvedimenti sia nell'interesse delle parti attrici che della parte convenuta, tra cui la nomina di un consulente tecnico.

Le parti attrici hanno riprodotto la citazione e il convenuto si è regolarmente costituito eccependo che sussistono tutte le condizioni per ritenere applicabile al caso il compromesso necessario a sensi della Rub. LX del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, sulla considerazione che trattasi di lite sorta fra "consorti, soci parziarii di qualsivogliano beni comuni sopra la divisione e partizione loro da farsi tra essi, e dei connessi e dipendenti da quelle o in occasione di quelle" come è stabilito

dal § 418.

Replicano le parti attrici che “intendono conoscere esattamente i termini della decisione del compromesso, sui quali le parti nutrono indubbia divergenza”, mentre il convenuto insiste nella sua eccezione, peraltro ritualmente sollevata prima dell’apertura dei termini di prova, proponendo di indicare come terzo arbitro il già nominato perito.

All’udienza del 17 dicembre 1992 il procuratore delle parti attrici richiedeva concedersi “termine alle parti per presentare ciascuna la designazione del proprio arbitro e sia deciso la nomina del terzo, mentre sia concesso termine altresì alle parti stesse di presentare quesiti al collegio arbitrale”. Propone la nomina del perito come terzo arbitro. Il procuratore della parte convenuta non si oppone alle richieste della avversa procura e pertanto la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Le parti attrici hanno qualificato il rapporto con il convenuto come “associazione professionale di fatto”: in realtà la nozione si vorrebbe fondare sui principi enunciati dall’art. 1, primo comma, della Legge 13 giugno 1990, n. 68, che garantisce il diritto di intraprendere “in forma associata l’esercizio di una impresa”.

Nessuno ha contestato l’acquisto da parte delle attrici e del convenuto dello “studio professionale”, per cui oggi è causa. Con tale atto le parti hanno però costituito tra loro un contratto che è soltanto di comunione di beni, non un *pactum societatis*.

**Tra i professionisti non è infatti possibile costituire una situazione di fatto nella quale vengono conferiti “beni o servizi per l’esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili”, e che la stessa Legge 13 giugno 1990, n. 68 all’art. 3, definisce come rapporto sociale.**

Ancor meno è possibile costituire una associazione tra professionisti perché a norma dell’art.4 primo comma della stessa Legge 13 giugno 1990, n. 68, l’associazione non commerciale si costituisce in forme tipiche e in particolare, secondo la suddetta Legge, è senza scopo di lucro, per cui il rapporto istauratosi tra le parti non può considerarsi associativo, ma di semplice comunione di beni.

**Tra professionisti poi l’art. 10 prevede la forma tipica della società, peraltro regolata dalle norme in quanto compatibili sulle società in nome collettivo, “per svolgere in comune l’attività professionale cui sono abilitati o per coordinare le prestazioni intellettuali proprie di abilitazioni diverse”.**

Rileva particolarmente, perlomeno in questa sede, che il preteso rapporto associativo o societario sia disciplinato tra le parti soltanto come un rapporto di fatto. La disposizione legislativa allegata enuncia i principi generali che nell’Ordinamento Smmarinense costituiscono la base del *pactum societatis* tra i professionisti, principi per i quali il *pactum* diventa giuridicamente rilevante quando nasce non solo dalla libera volontà di coloro che si propongono come soci, ma anche nelle forme essenziali previste dal suddetto art. 10. Resta pertanto fermo che le parti in causa hanno una comunione di acquisto di beni materiali e immateriali, e che rispetto a questi é stata proposta una azione che si qualifica per essere di divisione.

I §§ 418 e 421 della Rub. LX delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* stabiliscono poi che “consortes, socios, seu partiaros quorumlibet bonorum communium super divisione et partitione eorum fienda inter eos, et connexis, et dependentibus ab

eisdem, vel eorum occasione [...] compellantur [...] ad compromittendum at compromissum faciendum [...] omni exceptione et petitione consilii sapientis et appellatione quae fieret a pronuntiatione, seu praecepto de penitus in omnibus praedictis casibus penitus remotis” - “i consorti, soci, parziari di qualsivogliano beni comuni sopra la divisione e partizione loro da farsi fra essi, e dei connessi e dipendenti da quelle, o in occasione di quelle [...] siano astretti [...] a compromettere e fare il compromesso [...] rimossa affatto, in tutti i predetti casi, ogni eccezione e petizione di consulto legale ed appellazione che si facesse dalla pronunzia o precetto di fare il compromesso”.

Deve pertanto riconoscersi che la disciplina prevista dalla allegata rubrica non è applicabile al caso in questione, perché le parti non integrano tra loro gli estremi richiesti dalle qualità che si devono riconoscere ai *consortes, soci seu partiarrii*, i quali soli possono essere “astretti a fare il compromesso”, secondo la disposizione statutaria eccepita dalla parte convenuta. Né la norma di *ius proprium* è analogicamente estendibile perché il citato art. 10 è norma speciale, rispetto alla disposizione statutaria che è ugualmente speciale nel regime che impone.

Sul piano processuale poi si può anche riconoscere che la parte convenuta ha ritualmente avanzato la richiesta, poiché, come recita il citato § 421, “ipsa requisitio et petitio fiat ante terminum datum ad probandum in causa, post quem terminum nulla pars possit ulterius in dicta causa ad compromissum cogi” - “essa richiesta e domanda si faccia entro il termine dato a provare in causa, dopo il quale nessuna parte possa essere ulteriormente costretta al compromesso in quella causa”, ma la richiesta non è ammissibile. Ciò serve solo a dimostrare che il regime statutario è alternativamente imposto per risolvere le liti tra i *consortes, soci seu partiarrii*.

E’ evidente comunque che le parti per la più opportuna tutela dei loro interessi e per pervenire ad una definizione della lite, possono ricorrere sempre ad un arbitrato libero.

## 91.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 8 marzo 1993.

Ugolini Fabio ed altri (Avv. M. Simoncini) : S.A. C.E.S. (Avv. P.L. Bacciocchi) – Causa n. 34, anno 1991.

### **Transazione – Inadempimento – Risoluzione.**

*La transazione realizza una eguaglianza fra le corrispettive prestazioni, che va riguardata con riferimento al momento dell'accordo.*

*L'accertamento dell'esistenza delle reciproche concessioni deve essere determinato non in relazione ai diritti che effettivamente spettavano alle singole parti, ma in relazione alle pretese che ciascuna parte faceva valere.*

---

FATTO



Con atto di citazione in data 29 gennaio 1991 i signori Ugolini Fabio, Amici Marco, Corbelli Mauro e Villa Silvano hanno convenuto in giudizio la società anonima C.E.S. S.A. in persona del suo legale rappresentante pro tempore per sentirla dichiarare la sua responsabilità “nella causazione dei fatti esposti in citazione e, quindi, il conseguente obbligo all’esecuzione di tutte le opere di ripristino e rifacimento necessarie e condanna al risarcimento dei relativi danni patrimoniali e morali e rimborso di tutte le spese, ivi comprese quelle tecniche e legali, direttamente discendenti dalla presente controversia. In via alternativa e non subordinata alla superiore domanda, gli attori chiedono voglia liquidare, in luogo dell’esecuzione delle opere di ripristino da parte dell’impresa convenuta, somma, che ci si riserva di quantificare, in un importo utile e sufficiente a commissionare ad altra ditta i lavori in questione. Ferme restando le richieste accessorie di risarcimento e ripetizione di spese. Il tutto con condanna per soccombenza al pagamento di spese di giudizio, onorari di causa ed ogni altra eventuale occorrenda”.

Esponevano gli attori di essere proprietari condomini degli appartamenti facenti parte dell’immobile denominato “Condominio Paola”, sito in località Capanne Parrocchia di Fiorentino, costruito dalla società convenuta; che da tempo si erano manifestati danni alle porzioni condominiali sia di proprietà esclusiva che comune, comprovati da perizia tecnica fatta eseguire in data 2 febbraio 1990; che a seguito di diffida alla società convenuta si addiveniva tra le parti ad una transazione in data 15 giugno 1990, in forza della quale la C.E.S. S.A. si obbligava ad “eseguire tutte le opere di risanamento e ripristino, demolizione e rifacimento, di aggiustamento tecnico idonee ad evitare successivi degradi, nonché a fornire i relativi e necessari materiali, il tutto gratuitamente e senza corresponsione di prezzo alcuno da parte dei proprietari condomini”, fissando la data di inizio dei lavori “entro e non oltre il 25.06.1990”, mentre i condomini rinunciavano “ad ogni altro risarcimento od indennizzo” ivi compresa la ripetizione delle spese di assistenza tecnica e legale sostenute. La parte convenuta aveva provveduto ad iniziare i lavori, i quali erano poi stati abbandonati e non ultimati, con conseguente aggravio dei danni all’immobile.

All’udienza fissata per la seconda citazione, non essendo la prima stata notificata a mani del legale rappresentante, la convenuta non si costituiva. All’udienza del 12 settembre 1991, fissata per l’espletamento del giudiziale contraddittorio fra le parti in causa, comparivano soltanto gli attori, i quali facevano presente “che sono stati effettivamente eseguiti i lavori di risanamento da parte della convenuta all’immobile in questione” e si dichiaravano “disponibili a non proseguire il presente giudizio per quanto riguarda la domanda principale”, chiedendo che “per l’archiviazione dell’intero procedimento la parte convenuta riconosca in loro favore il rimborso delle spese tecniche della perizia eseguita dal geom. Aleardo Corbelli e quantificate in L. 1.000.000=, nonché spese di giudizio e onorari di causa, così come verranno quantificati dal procuratore”.

All’udienza del 14 novembre 1991 si costituiva la convenuta a mezzo procuratore, il quale ribadiva “che i lavori di cui è causa sono stati eseguiti, che sono stati iniziati nel termine previsto dalla scrittura 16.5.90 e che nessun termine era previsto per il compimento dei medesimi”, e chiedeva “respingersi le pretese attrici con condanna della medesima alle spese del presente giudizio in caso di prosecuzione del medesimo”.

Con comparsa in data 6 febbraio 1992 la procura attrice quantificava, “allo stato attuale, la domanda attrice in L. 1.800.000=, di cui L. 1.000.000= per semplice rimborso di spese di perizia tecnica e L. 800.000= per onorari e competenze giudiziali e stragiudiziali”.

La procura attrice, inoltre, in considerazione del valore della domanda, in data 23 aprile 1992, chiedeva a questo giudice di “esprimere il proprio avviso se il presente procedimento rimane di sua competenza o se, per valore, debba essere trasferito a quella del Giudice Conciliatore”. Instaurato sul punto opportuno contraddittorio, con decreto in data 24 luglio 1992 questo Giudicante dichiarava sussistere la propria competenza, ritenendo “che per principio espresso dalla legge 10 dicembre 1984, il valore della causa si determina dalla domanda, e quindi con riguardo alla pretesa espressa dall’attore con l’atto introduttivo del giudizio, onde non assumono rilevanza - ai fini della competenza - successivi mutamenti della pretesa e, dunque, riduzioni del *petitum*”.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All’udienza del 21 gennaio 1993 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che, il fascicolo veniva posto in *pro servato*.

La procura attrice ha così concluso: “alla parte attrice va, pertanto, riconosciuto e liquidato il ristoro dei danni e delle spese sopportate a causa della controversia, le quali, come già formalizzato in atti di causa, ammontano a L. 1.800.000=, come dettagliato con comparsa del 6.2.92. In applicazione del principio della soccombenza, si chiede altresì voler porre a carico della convenuta spese di giudizio ed onorari di causa, secondo la separata notula che verrà fatta pervenire”.

La procura convenuta ha invece concluso chiedendo “respingere le pretese attoree in quanto, in forma della transazione intervenuta *inter partes* destituite di fondamento giuridico e comunque non provate. Con rimessione a giustizia per spese e competenze del presente giudizio”.

## DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto il rimborso delle spese legali e di perizia sostenute dagli attori al fine di ottenere dalla parte convenuta la riparazione dei danni subiti dall’immobile di loro proprietà.

In via preliminare deve essere ribadita la competenza di questa Autorità a decidere la presente controversia, nonostante la riduzione del *petitum* operata in corso di causa dalla parte attrice.

La presente controversia è stata promossa al fine di ottenere dalla parte convenuta l’esecuzione dei lavori di ripristino e di riparazione sull’immobile di cui sono proprietari gli attori, unitamente al risarcimento dei danni subiti ed al rimborso delle spese di perizia e legali sopportate. Avendo la convenuta provveduto all’ultimazione dei lavori in corso di causa, gli attori hanno proseguito il giudizio al solo fine di ottenere il rimborso delle spese, quantificate in L. 1.800.000=.

Al riguardo si osserva che, ai sensi dell’art. 16 della legge 10 dicembre 1884 - Legge procedurale sulle controversie innanzi il Conciliatore - “il valore della causa è determinato dalla domanda”. Ciò significa che è l’attore, con l’atto introduttivo del giudizio, che determina il valore della controversia e, dunque, la competenza a conoscere della stessa. **Il riferimento alla “domanda” significa riferimento al *petitum* in relazione alla causa petendi, come espresso nell’atto di citazione. Il *petitum* è, come noto, ciò che si chiede con la domanda, mentre la causa petendi è il diritto sostanziale affermato, in forza del quale viene richiesto il *petitum*, ed è individuabile nel fatto costitutivo del diritto, in correlazione, come nel caso in esame, col fatto lesivo di quel diritto.**

Nella specie il *petitum*, di valore indeterminato, è stato ridotto in corso di causa esclusivamente al “rimborso di tutte le spese, ivi comprese quelle tecniche e legali, direttamente discendenti dalla presente controversia”, che sono state quantificate in L. 1.800.000=. Tale riduzione del *petitum* non può determinare il mutamento della competenza sulla base del criterio del valore, quando la domanda è stata correttamente introdotta avanti al Magistrato competente.

2. Il *thema decidendum* della presente causa è costituito dall'accertamento della sussistenza del diritto delle parti attrici a vedersi riconosciuto il rimborso delle spese di perizia e legali sostenute al fine di ottenere la riparazione, ad opera della convenuta costruttrice, dei danni verificatisi nell'immobile di cui sono proprietari.

All'uopo si fa riferimento da entrambe le procure ad una transazione intervenuta tra le parti in data 15 giugno 1990, trasfusa in una scrittura privata prodotta in atti.

Si osserva, peraltro, che tale scrittura privata non risulta in regola con l'imposta di registro.

**L'imposta di registro risulta disciplinata dalla legge 29 novembre 1981 n. 85. E' noto che la registrazione, dal punto di vista sostanziale, “attesta l'esistenza degli atti pubblici, conferisce certezza alla data agli atti privati e ne assicura la conservazione” (art. 3). Una scrittura privata, pertanto, soprattutto se non autenticata, deve essere registrata al fine di poter contare sulla certezza della data in essa indicata.** La registrazione avviene mediante la presentazione dell'atto all'Ufficio del Registro, il quale provvede a seguito del pagamento della relativa imposta (art. 56), con la sola eccezione degli atti tassativamente indicati nell'art. 73, per i quali la registrazione è effettuata gratuitamente.

La scrittura privata prodotta in atti, e contenente un contratto di transazione, avrebbe dovuto essere assoggettata alla formalità della registrazione “entro il termine di trenta giorni dalla data” dell'atto (art. 53, comma 1°), a cura delle “parti contraenti” (art. 54 n. 3).

Non essendo stata adempiuta, nella specie, la formalità della registrazione la scrittura prodotta non può essere in alcun modo presa in considerazione dal giudice ai sensi dell'art. 59 della legge 29 ottobre 1981 n. 85, il quale dispone testualmente: **“E' fatto divieto ai giudici e ai Cancellieri di ricevere in deposito atti non registrati o di emettere provvedimenti in base a tali atti se prima non siano stati registrati. L'omessa registrazione degli atti prodotti in giudizio deve essere rilevata d'ufficio dal giudice il quale deve escludere l'atto dal fascicolo degli elementi probatori”.**

Devesi peraltro notare che le risultanze di tale scrittura non sono controverse, e pertanto il giudicante può considerarle come note ed acquisite agli atti. E' evidente, infatti, che **non occorre provare ciò che è pacifico tra le parti, onde il giudice non deve fare alcuna indagine su quanto una parte ammette in accordo con la pretesa della controparte, e deve ritenerlo come cosa certa** (cfr: J. VOET, *Commento alle Pandette*, lib. XXII, tit. III, n. IX: “Prova, in primo luogo, l'attore la sua domanda, quando l'oggetto di questa non sia confessato”).

Entrambe le parti affermano che tra esse è intervenuta transazione, in forza della quale la convenuta si è impegnata ad eseguire gratuitamente i lavori di ripristino, con inizio al 25 giugno 1990, ed i convenuti rinunciavano ad ogni risarcimento od indennizzo, ivi compresa la ripetizione delle spese di assistenza tecnica e legale sostenute.

Le contestazioni non riguardano il contenuto dell'accordo transattivo, bensì l'adempimento dello stesso.

La procura attrice afferma infatti che gli attori sono stati indotti all'azione giudiziale in conseguenza del comportamento negligente della parte convenuta, che, pur avendo dato inizio ai lavori stabiliti, non li ha poi ultimati in tempo ragionevole. In conseguenza di ciò si assume che "tutti i fatti in questa stipulati, in tanto assumevano valore obbligatorio e, quindi, coercitivo, in quanto le parti avessero tali patti concretamente e reciprocamente osservati. E' agevole convenire che, al momento in cui l'obbligazione principale (l'esecuzione delle opere di ripristino) veniva meno, tanto da costringere la controparte ad adire le vie giudiziarie, anche le "corrispondenti controprestazioni [...] di rinuncia al risarcimento danni vengono necessariamente meno".

La procura convenuta, invece, dopo aver precisato che la scrittura privata non prevedeva alcun termine per l'ultimazione dei lavori - fatto questo, non contestato dalla parte attrice - afferma che non sussisterebbe inadempimento della convenuta, potendo esclusivamente adire il giudice "purché fissasse perentorio termine entro il quale i lavori dovevano essere terminati. Se invece l'attrice ha agito per il risarcimento dei danni e delle spese, come comprova la volontà di proseguire il giudizio anche dopo che i lavori de quo erano stati eseguiti, occorre allora dire che la stessa non ha dato prova né dell'an né del *quantum debeatur*, ed anche se ne avesse dato prova le pretese dovevano comunque ritenersi infondate stante la transazione intervenuta fra le parti non rilevandosi in atti [...] alcun inadempimento della convenuta agli accordi sottoscritti".

Sulla scorta di tali eccezioni, occorre procedere all'esame dell'istituto della transazione, al fine di verificare, *in primis*, l'eventuale inadempimento della convenuta, e, in caso positivo, accertare se tale inadempimento produca la risoluzione del contratto.

3. *La transazione è considerata nel diritto giustiniano, e successivamente nel diritto comune, un contratto innominato, che ha lo scopo di porre fine ad una controversia tra due soggetti mediante reciproche rinunce delle rispettive pretese (si veda C. 2, 4). In altre parole, per il diritto romano la transazione è un patto con il quale un diritto prima incerto, viene convertito in un diritto certo mediante il promettere, dare o trattenere reciprocamente qualcosa (C. 4, 2, 12 e 38).*

*Elementi essenziali della transazione sono la volontà delle parti di porre fine ad una lite o di prevenirla, e le reciproche concessioni. La concessione che uno dei transigenti fa, è il fondamento di quella dell'altro, e viceversa, ed in ciò consiste la causa della transazione.*

*Secondo gli autori del diritto comune la transazione "è quel contratto il quale si faccia tra li litiganti sopra la cosa, che sia in lite: cioè, che stando ambedue incerti dell'evento buono o cattivo della lite, e per conseguenza essendo ciascuno di loro nella speranza di vincere, e nel timore di perdere il tutto con la sentenza del Giudice, quindi per liberarsi da questo timore, e di mettere in sicuro qualche parte, si accordano fra loro, giudicando in tal modo da se stessi la lite con la reciproca partecipazione della cosa, ch'era in lite, maggiore o minore a proporzione delle maggiori, o minori ragioni di ciascuno: e per tal'effetto la transazione si dice una specie di sentenza, e di regiudicata. [...] Venendo dunque la transazione stimata una regiudicata, ne segue che meriti la via esecutiva per la sua osservanza, e che cassi, ed estingua tutte le primiere azioni, e ragioni da non potersi sperimentare, se prima non viene tolta di mezzo con la rescissione, o con l'annullazione" (DE LUCA, Dottor Volgare, Lib. VII, cap. XVI nn. 2 e 8). E ancora: "la transazione è una convenzione che si fa sopra una cosa dubbia od una lite incerta col dare, ritenere o promettere qualcosa [...] L'effetto della transazione è che tronca la lite ed ha valore di cosa giudicata e di giuramento fra i transigenti [...] Un altro effetto della*

*transazione è che per favorire il sopimento delle liti, essa ha tanta validità che nemmeno per rescritto imperiale possono farsi rivivere le cause in tal maniera finite" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. II, tit. XV nn. 1, 21 e 23).*

*La giurisprudenza sammarinese ha fatto propri questi principi (cfr., per esempio, le sentenze del Commissario della Legge in data 12 giugno 1925, in Giur. Samm., 1925, p. 18, e in data 15 maggio 1934, Giur. Samm., 1933-34, p. 81). In particolare, è stato affermato che la transazione "appunto perché tronca la lite, ha tra le parti contraenti, l'autorità di una sentenza irrevocabile"; e dunque, "nella transazione (contratto consensuale sinallagmatico) l'inadempimento dal canto di uno dei contraenti dà all'altro il diritto di esigerne l'esecuzione e non anche quello di chiederne la risoluzione. Per altro una parte non può venire costretta a soddisfare la sua obbligazione finché l'altra non adempia o non sia pronta ad adempiere la propria" (sentenza del Commissario della Legge in data 12 giugno 1925, cit.).*

Sulla scorta di tali principi, l'azione esperita dagli attori deve qualificarsi come richiesta di adempimento dell'accordo transattivo, e non di risoluzione dello stesso.

La parte convenuta, in ossequio alla transazione, ha iniziato i lavori nel termine previsto, ma non li ha ultimati, secondo quanto affermato dalla procura attrice, sollecitamente, pur non essendo previsto un termine per il completamento degli stessi.

Allo stato degli atti questo giudicante non ha elemento alcuno sull'entità dei lavori, e, dunque, per pronunciarsi sul comportamento tenuto dalla convenuta nell'esecuzione degli stessi.

E' opportuno peraltro rilevare che, sebbene le parti non abbiano stabilito termini perentori per l'ultimazione dei lavori, il comportamento dell'obbligato, nell'esecuzione del contratto, deve sempre uniformarsi ai principi della diligenza e buona fede, potendo la parte creditrice adire il giudice perché questi stabilisca il termine entro cui l'obbligazione deve essere eseguita.

La giurisprudenza sammarinese, ha precisato, al riguardo, che **"i patti debbono essere eseguiti di buona fede ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità e l'uso ne derivano** ("ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudiciis debent venire" Leg. 31, 20 Dig. de aedil. edict.)" (sentenza del Commissario della Legge in data 13 gennaio 1926, in *Giur. Samm.*, 1926, p. 15), e **che quando le parti non hanno stabilito un termine per l'esecuzione del contratto, la fissazione dello stesso può essere rimessa al Giudice**: "una teoria rimette al giudice la fissazione e si richiama, per analogia, alla legge 137 parag. 2, Digesto, XLV, I <<et magis est ut totam eam ad iudicem, idest ad virum bonum remittatur, qui aestimet quanto tempore diligens pater familias conficere possit quod facturum se promiserit>>. Tale teoria è stata accolta [...] dall'art. 1173 c.c. italiano del 1865 (<<spetta all'autorità giudiziaria di stabilire per l'adempimento dell'obbligazione un termine *conveniente*, se questo sia stato rimesso alla volontà del debitore>>) e dall'art. 1183 di quello vigente (<<se il termine per l'adempimento è rimesso alla volontà del debitore spetta al giudice di stabilirlo secondo le circostanze>>)" (sentenza del Commissario della Legge in data 5 marzo 1956, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 3, p. 368 ss., in particolare cfr. a p. 372).

All'azione esperita dalla parte attrice ha fatto seguito il puntuale adempimento della parte convenuta, siccome affermato dagli stessi attori all'udienza del 12 settembre 1991. Nessuna responsabilità, pertanto, allo stato degli atti, può essere ascritta alla società convenuta.

4. La richiesta di rimborso delle spese di perizia tecnica e legali avanzata dagli attori non può dunque essere accolta, in quanto alla medesima essi hanno rinunciato all'atto della transazione, costituendo pertanto tale rinuncia l'obbligazione corrispettiva assunta dagli attori nei confronti della convenuta, e non potendo il contratto di transazione essere risolto per inadempimento, sulla scorta dei principi affermati dalla giurisprudenza sammarinese e sopra richiamati, tanto più che, come chiarito, non può giuridicamente parlarsi di inadempimento quanto non è fissato un termine per l'esecuzione dell'obbligazione e non sia stata fornita la prova della negligenza del debitore.

Va inoltre segnalato che le spese sostenute non sono neppure documentate in atti, e dunque non sussiste la prova sull'entità delle stesse. Deve, di conseguenza, essere respinta la domanda spiegata dalla parte attrice.

5. Per quanto riguarda le spese e gli onorari del presente giudizio, si ritiene che queste debbano essere compensate, in via di equità ed in applicazione del § 273, Rub. XXXII, Lib. II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*. Infatti, si ritiene che la parte attrice abbia avuto una "legittima litigandi causa". La circostanza che la presente azione si è resa necessaria al fine di ottenere il tempestivo e puntuale adempimento degli accordi transattivi costituisce "un fatto che dimostra la buona fede del litigante" (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed. riveduta dal dott. F. Viroli, San Marino, 1967, p. 87).

## 92.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 8 marzo 1993.

Santi Fausto (Avv. G. Micheloni) : Pellegrini Arnaldo e Monti Roberto (Avv. G.L. Berti)  
– Causa n. 289, anno 1989<sup>91</sup>.

### **Sequestro conservativo – Concessione – Cauzione.**

*Per la concessione del sequestro è necessario che il richiedente fornisca la prova della pretesa titolarità del credito, tutelabile in via cautelare, nonché della sussistenza del fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito.*

*Il giudice può imporre al sequestrante l'obbligo di prestare idonea cauzione, a garanzia dei danni che il sequestrato potesse risentire, nel caso che il sequestro sia dichiarato ingiusto.*

*Il mancato versamento della cauzione costituisce la condizione dell'inefficacia del sequestro già eseguito.*

---

FATTO

---

<sup>91</sup> Cfr. decisione di secondo grado del 20 aprile 1990, *Giurisprudenza Sammarinese*, anni 1981/1990, pp. 726 e ss..

Con atto di citazione in data 14 novembre 1989 il signor Santi Fausto ha convenuto avanti a questo Tribunale i signori Pellegrino Arnaldo e Monti Roberto per sentirli “condannare al pagamento di quanto dovuto al signor Santi Fausto per le motivazioni esposte in epigrafe, in L. 38.200.000= per vera sorte oltre agli interessi legali dalla data di emissione dei singoli assegni al saldo ed alla rivalutazione della somma a credito su indici ISTAT, nonché alle spese ed onorari del presente giudizio”. Esponeva l’attore di essere portatore di n. 4 assegni tratti sulla Banca Agricola e Commerciale della Repubblica di San Marino sul conto corrente n. 2304, e più precisamente, dei seguenti assegni: n. 1006872/09 di L. 10.000.000=; n. 1006873/10 di L. 10.000.000=; n. 1006874/11 di L. 10.000.000=, e n. 1006875/12 di L. 8.200.000=, e che da informazioni assunte risultava che il conto corrente su cui erano tratti era stato estinto, onde non aveva avuto la possibilità di procedere alla presentazione degli stessi per il pagamento presso l’istituto di credito. Tali assegni sarebbero stati ceduti all’attore dai signori Pellegrino Arnaldo e Monti Roberto in pagamento della cessione delle quote azionarie della società GMR - Gruppo Maglieria Ricerca s.r.l., e mai posti all’incasso su richiesta degli emittenti in conseguenza della precaria situazione economica degli stessi. Richiedeva inoltre il sequestro conservativo delle somme depositate sui conti correnti n. 11203 e n. 11204 aperti presso la Cassa di Risparmio di Rovereta-Falciano, sino alla concorrenza della somma di L. 60.000.000=.

Con decreto in data 15 novembre 1989 veniva autorizzato, a rischio e pericolo dell’istante, il richiesto sequestro, eseguito dall’Ufficio Cursorile in data 16 novembre 1989.

All’udienza fissata si costituivano i convenuti a mezzo procuratore il quale, nel concesso termine statutario per rispondere ed eccepire, facendo seguito alla comparsa di costituzione, chiedeva che fosse imposto all’attore richiedente il sequestro l’obbligo di prestare idonea cauzione a garanzia dei danni e pregiudizi derivanti dal sequestro.

Con decreto in data 23 gennaio 1990 veniva imposto all’attore di prestare cauzione nell’ammontare di L. 100.000.000= a garanzia del risarcimento dei danni derivanti dal sequestro. Tale disposizione era confermata con decreto in data 7 marzo 1990, con il quale veniva ridotto l’ammontare della cauzione a L. 60.000.000=. Avverso tale provvedimento interponeva appello la procura attrice, che veniva dichiarato “infondato” dall’Ecc.mo Giudice delle Appellazioni con sentenza pubblicata in data 10 luglio 1990. Con decreto in data 4 ottobre 1990 veniva revocato il sequestro non essendo stata prestata la cauzione.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi documenti su istanza di entrambe le procure, nonché il giudiziale contraddittorio tra le parti in causa, espletato all’udienza dell’11 aprile 1991.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All’udienza del 14 gennaio 1993 si addiveniva all’irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo veniva trattenuto per la decisione.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso chiedendo “condannarsi i convenuti Pellegrino Arnaldo e Monti Roberto al pagamento in favore del signor Santi Fausto e per i titoli di cui alla parte motiva, della somma di L. 38.200.000= portata complessivamente dagli assegni tratti sulla Banca Agricola e Commerciale di Borgo Maggiore e distinti con i numeri 1006872/09, 1006873/10, 1006874/11, 1006875/12, oltre agli interessi in ragione del 7% dalla data della citazione al saldo con rivalutazione della somma dovuta del 15%. Si chiede altresì la condanna dei convenuti al pagamento

delle spese ed onorari relativi al presente giudizio che, con richiamo alla legge n. 50 del 1960 tab. A si quantificano in L. 4.100.000=. Stante la particolarità del caso ed il rischio di non riscuotere quanto dovuto si richiede la provvisoria esecuzione”.

La procura ha, invece, concluso chiedendo “1) respingere siccome infondata l’istanza avanzata dall’attore in citazione; 2) condannare l’attore al pagamento delle spese e degli onorari tutti del presente giudizio, che si specificano in [...] L. 4.395.000=”.

## DIRITTO

1. In via preliminare è opportuno che questo giudicante si soffermi sulle questioni giuridiche sottese al sequestro ed alla cauzione.

L’attore ha richiesto, *inaudita altera parte*, il sequestro delle somme contenute in due conti correnti intestati ai convenuti a garanzia di un credito che egli assumeva di vantare nei confronti dei convenuti medesimi. Trattasi, dunque, di sequestro c.d. conservativo.

*Con il sequestro conservativo si pone un vincolo su alcuni elementi attivi del patrimonio del debitore che, in caso di inadempimento, potrebbero essere espropriati per realizzare in via esecutiva il credito. Esso costituisce, pertanto, uno strumento speciale di conservazione della garanzia patrimoniale generale, atteso che, dal momento in cui viene eseguito, sono resi inefficaci gli atti di disposizione di tali beni che siano dal debitore compiuti.*

*Con la domanda di autorizzazione del sequestro il richiedente esperisce dunque una azione cautelare, a cognizione sommaria, che dà luogo ad un procedimento incidentale autonomo, sebbene connesso al giudizio principale sul merito.*

*La disciplina di tale istituto, non indicata dallo ius proprium, è stata individuata dalla giurisprudenza sammarinese, che ne ha delineato l’evoluzione, ed ha recepito i principi espressi dalla dottrina del diritto comune.*

*Si rileva, al riguardo che il diritto romano non permetteva il sequestro prima che il debitore fosse convenuto in giudizio (C. 4, 4: "quotiens ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim debitorem primo convinci, et sic deinde ad solutionem pulsari: quam rem non tantum iuris ratio, sed et ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum adferat, debitoremque convinctat pecuniam petiturus"). Nel diritto comune "si discute (premessi che il sequestro può diventare inutile se in ogni caso si dovesse, prima di ottenerlo citare in giudizio il debitore) se sia possibile rilasciare il sequestro ex primo decreto senza aver prima citato il debitore. L’opinione communis è nel senso che, in via eccezionale sia consentito il sequestro inaudita altera parte quando esista una evidentissima causa [...] o, quanto meno, qualche ragionevole motivo per temere la perdita del credito. [...] di conseguenza, non può concedersi - e tanto meno confermarsi - il sequestro (fatta eccezione per i casi particolari come nell’eccezione cambiaria) se non è provato che il debitore possa eludere la sentenza di condanna [...] non vi è pericolo di perdere il credito tutte le volte che quegli contro cui il sequestro è richiesto sia pronto a prestare idonea cauzione" (Sentenza del Commissario della Legge in data 6 novembre 1952, Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 291). Relativamente ai presupposti viene precisato: "gli estremi per la concessione (e quindi per la conferma) del sequestro conservativo (accordato sia pendente causa sia prima del suo inizio) erano quelli stessi che poi sono stati accolti dai codici di procedura italiani e cioè (Richeri, Univ. Iurispr., lib. III, tit. X, n. 1112) 1) ut summarie constet de iure petentis (il fumus boni iuris); 2) ut agens caveat*



*ne absque gravi et legitima causa sequestrationem postulet* (si debitor pravae existimationis, fugae, aut dilapidationis suspectus) vale a dire esista fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito. Le *Leges Statutae* parlano di <<sequestratio>> in varie rubriche ma nel senso di sequestro esecutivo. Solo nella Rub. XXV del lib. II e per le questioni sorte sul mercato, può vedersi ammesso un sequestro conservativo. Ma comunque sia da ciò risulta che, nel diritto sammarinese il sequestro conservativo è stato in pratica accolto in conformità di quanto si usava nel diritto comune. E le norme di uso sono state accolte nella legge 10 dicembre 1884 sulle controversie avanti il Conciliatore" (sentenza del Commissario della Legge in data 30 agosto 1965, Giur. Samm., 1963, fasc. 3, p. 381. In senso conforme anche la sentenza del Commissario della Legge in data 29 luglio 1969, Giur. Samm., 1964-69, p. 440).

In sostanza, secondo le richiamate decisioni, per la concessione del sequestro è necessario che il richiedente fornisca la prova della pretesa titolarità del credito che sia tutelabile in via cautelare, adducendo elementi tali da consentire una valutazione in termini di probabilità o verosimiglianza, nonché della sussistenza del fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito.

Osserva la dottrina che il sequestro "si concede in seguito a formale richiesta, e mercè decreto, con formula <<a rischio e pericolo dell'istante>>, al quale potrebbe, quando il giudice lo credesse opportuno, imporsi l'obbligo di una cauzione" (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura Giudiziaria Civile Sammarinese*, 2° ed. riveduta dal dott. F. Viroli, San Marino, 1967, p. 121). Il potere del giudice di imporre la cauzione a garanzia del risarcimento dei danni derivanti dall'ingiusto sequestro è riconosciuto dagli Autori del diritto comune, i quali indicavano, tra i presupposti per la concessione del sequestro, oltre al *fumus boni iuris* ed al *periculum in mora*, anche "*ut agens caveat de omni damno, quod rei dominus inde pati potest et iniuria [...] et simul monetus actor, ne absque gravi et legitima causa sequestrationem postulet*" (T.M. RICHERI, *Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia*, lib. III, tit. X, § 1112). Tale principio è stato recepito nel diritto sammarinese dall'art. 52 della legge 10 dicembre 1884, "legge procedurale sulle controversie innanzi al Conciliatore", il quale stabilisce: "Il giudice può, secondo le circostanze, imporre al sequestrante l'obbligo di dare cauzione in somma determinata a garanzia dei danni, nel caso che il sequestro sia dichiarato ingiusto".

La immobilizzazione, o comunque il venir meno della disponibilità di certi beni facenti parte del patrimonio del preteso debitore può comportare infatti il rischio di danni ingiusti, rischio che è maggiore nel caso di provvedimenti cautelari, ai quali sono necessariamente connaturati elementi di incertezza, conseguenti al carattere sommario della cognizione, che è imposto da ragioni di urgenza. Per assicurare al sequestrato il risarcimento dell'eventuale danno è dunque attribuito al giudice il potere discrezionale di imporre al richiedente idonea cauzione, il mancato versamento della quale costituisce una condizione di inefficacia del sequestro già eseguito.

Nella specie, il sequestro è stato concesso *inaudita altera parte*, a rischio e pericolo della parte istante, valutata sommarissimamente la sussistenza del *fumus boni iuris* (determinato dagli assegni prodotti), e del *periculum in mora* (dichiarazione dell'attore circa l'estinzione del conto corrente su cui gli assegni erano stati tratti, ed il fatto che i convenuti, residenti in Italia, non avevano altri beni a San Marino). All'atto di richiedere la cauzione, la procura convenuta ha fatto rilevare che anche l'attore, pure egli residente in Italia, non aveva beni a San Marino con i quali garantire l'eventuale obbligazione di

risarcimento del danno, e faceva notare che i convenuti avevano diffidato il signor Santi a restituire gli assegni, i quali erano stati rilasciati anticipatamente a titolo di pagamento del prezzo della vendita di quote sociali, successivamente non perfezionatasi, come emergeva da un telegramma prodotto in atti dalla stessa procura attrice. Si trattava, dunque, di elementi che prospettavano la sussistenza di una fattispecie complessa, nell'ambito della quale, in quel particolare momento processuale, era ragionevolmente da porsi in dubbio la sicura esistenza del *fumus boni iuris*, circostanza che induceva il giudicante a riequilibrare la posizione delle parti con la imposizione della cauzione.

2. Fatte le superiori doverose premesse in ordine alla azione di sequestro, occorre procedere all'esame del merito della presente controversia.

La pretesa dell'attore si fonda su quattro assegni bancari tratti sul conto corrente n. 2304 intestato ai convenuti all'ordine di Santi Fausto e non trasferibili, portanti la somma complessiva di L. 38.200.000=.

*E' noto che nell'ordinamento sammarinese l'assegno non è soggetto ad alcuna disciplina speciale. In proposito vale dunque quanto statuito dalla giurisprudenza sammarinese che si è occupata dell'argomento.*

*In un primo tempo la giurisprudenza aveva escluso la possibilità di applicare all'assegno bancario la disciplina dettata per la cambiale, con la conseguenza che esso doveva essere regolato dagli ordinari principi di diritto in materia di obbligazioni, vale a dire: "1) lo chèque o assegno bancario è una comune obbligazione contenente l'indicazione fatta dal debitore, di una persona che deve pagare in sua vece (mandato di pagamento); 2) detta indicazione non produce novazione [...]; 3) il mandante deve rispondere del non essersi posto in grado di obbligare la persona indicata di eseguire o assumere il pagamento; 4) le due parti che hanno consentito all'obbligazione non possono revocarla a pregiudizio dell'altra o nel loro interesse; 5) il terzo, indicato per il pagamento, non contrae alcun obbligo fino a che non si sia assunto il pagamento; 6) il creditore che accetta siffatto modo di pagamento deve fare le diligenze opportune per riscuotere ed è responsabile dei danni arrecati dalla sua negligenza o dalla sua colpa" (sentenza del Commissario della Legge in data 8 agosto 1934, Giur. Samm., 1933-34, p. 108). Successivamente è prevalsa, invece, la tesi della applicabilità all'assegno della disciplina della cambiale: "l'assegno bancario è da equipararsi ad una cambiale a vista tratta su un banchiere, per cui è applicabile, per quanto possibile, la disciplina cambiaria (pur tenendo presente la diversa funzione economica dei due titoli: strumento di credito la cambiale, strumento di pagamento l'assegno, destinato ad agevolare la esecuzione del pagamento). Di conseguenza deve affermarsi: a) che l'assegno bancario è valido titolo per la prova dell'obbligazione a carico di chi l'ha rilasciato; b) che, tratto a vista, deve essere pagato immediatamente senza che possano essere accordate dilazioni di uso o di favore" (sentenza del Commissario della Legge in data 8 ottobre 1964, in Giur. Samm., 1964-69, p. 249. Nello stesso senso cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 11 dicembre 1950, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 247).*

*La cambiale risulta disciplinata nell'ordinamento sammarinese dalla legge approvata dal Consiglio Grande e Generale nella seduta del 23 agosto 1882, nota come "Codice Cambiario".*

Con riferimento alla presente fattispecie giova richiamare le disposizioni seguenti. L'art. 43 stabilisce che "la cambiale a vista scade all'atto della presentazione"; ai sensi dell'art. 59 della citata legge "la mancanza totale o parziale di pagamento si prova mediante atto di protesto da farsi [...] nel primo giorno non festivo successivo a quello stabilito per il

pagamento; scorso il qual termine, il possessore decade dalla azione di regresso”, mentre l’art. 64 chiarisce che “l’azione cambiaria contro l’accettante che non paga è indipendente dall’atto di protesto, e si prescrive col decorso di due anni dal dì della scadenza”. L’art. 64 disciplina dunque l’azione diretta del prenditore verso l’obligato principale. Siccome la banca trattaria non assume la veste di obligato cartolare, nell’assegno bancario l’emittente assume la qualità di obligato principale, e dunque, nei rapporti diretti tra questi ed il prenditore risulta applicabile l’art. 64.

Viene dunque esperita l’azione diretta, non prescritta, in quanto nella specie non risulta che gli assegni siano stati presentati alla banca per il pagamento. La stessa procura attrice nell’atto di citazione espressamente afferma che “da informazioni assunte il suddetto conto corrente risulta da tempo estinto e pertanto non vi è possibilità di bancare per l’incasso le somme portate dagli assegni”. Nel lungo periodo dal novembre 1985-febbraio 1986 (date di emissione degli assegni) al 14 novembre 1989 (data della citazione), tali assegni non sono dunque stati posti all’incasso e non sarebbe stata fatta constatare la mancanza di fondi mediante atto di protesto - tenuto conto che la presentazione degli stessi deve essere effettuata alla banca trattaria, in quanto delegata al pagamento - poiché i convenuti avrebbero chiesto all’attore “di non farlo”.

Indipendentemente da tali affermazioni - peraltro non provate - si rileva che agli assegni *de quibus* deve essere attribuita la funzione di prova dell’obligazione. Secondo quanto stabilito dalla locale giurisprudenza **l’assegno è infatti valido titolo per la prova dell’obligazione a carico di chi lo ha emesso**. Può dunque dirsi esistente il credito vantato dalla parte attrice nei confronti dei convenuti nell’importo di L. 38.200.000=.

3. I convenuti, peraltro, pur non negando di avere emesso gli assegni prodotti in atti, sollevano alcune eccezioni in merito all’esistenza dell’obligazione. Essi fanno osservare, infatti, di aver rilasciato all’attore tali titoli in pagamento della vendita di quote della società GMR s.r.l., che non furono mai trasferite. Essi, quindi, con telegramma in data 4 novembre 1989 (prodotto in atti dalla procura attrice), chiedevano la restituzione degli assegni. A sostegno di tali affermazioni essi producono copia di un atto di “denuncia-querela” nei confronti del signor Santi Fausto in cui “sono descritti i fatti e chiarite le ragioni di contestazione contro la pretesa del Santi. Il procedimento penale relativo è stato archiviato trattandosi di questione strettamente civile” (dichiarazioni rese dai convenuti nel corso dell’udienza del 28 febbraio 1991). Infine, a suffragio della loro tesi, i convenuti richiamano le dichiarazioni rese nel giudiziale contraddittorio, esperito all’udienza dell’11 aprile 1991.

**In tema di eccezioni opponibili la locale giurisprudenza ha ritenuto applicabile all’assegno bancario l’art. 7 del Codice Cambiario, ai sensi del quale: “alle azioni nascenti da obbligazione cambiaria il debitore non può opporre che le eccezioni d’incompetenza, nonché quelle riguardanti la forma del titolo, o la mancanza delle condizioni necessarie per l’esercizio dell’azione, ed in fine le eccezioni personali a colui che la esercita, le quali ultime però non possono ritardare l’esecuzione, o la condanna al pagamento, se non sono liquide, o di pronta soluzione, e fondate su prova scritta”** (v. le sentenze del Commissario della Legge in data 12 settembre 1983, nella causa civile n. 353 dell’anno 1981, e 31 ottobre 1986, nella causa civile n. 199 dell’anno 1984).

Tali condizioni non ricorrono nel caso in esame, poiché i convenuti hanno sollevato eccezioni personali, fondate sul rapporto causale sottostante, in ordine all’estinzione

delle obbligazioni non fondate su alcuna prova scritta, e, comunque, non risultanti di pronta soluzione, le quali, non possono ritardare la condanna al pagamento.

Non è stata infatti fornita la prova dell'estinzione dell'obbligazione a seguito di inadempimento dell'attore.

La copia della denuncia-querela non dimostra alcunché, dovendo i fatti in essa affermati essere a loro volta dimostrati nel corso del procedimento penale, che non ha avuto luogo, in quanto il giudice competente - secondo quanto dichiarato dai convenuti - non li ha ritenuti penalmente rilevanti.

Nulla è pure emerso nel corso del giudiziale contraddittorio fra le parti in causa.

**Il giudiziale contraddittorio è un mezzo di prova, ammesso dalla consuetudine, che ha il fine di provocare la confessione di una delle parti, che, come è noto, è l'affermazione che una parte fa della verità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli alla controparte. Esso "può essere ordinato dal Giudice, o domandato anche da una sola delle parti"** (T.C. GIANNINI, *Sommario di Procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed. riveduta dal dott. F. Viroli, San Marino, 1967, p. 61). Ciascuna parte ha confermato la propria versione dei fatti, ha esclusivamente affermato l'esistenza di fatti a sé favorevoli, e pertanto alle dichiarazioni rese non può attribuirsi valore di prova in ordine ai punti sui quali il giudiziale contraddittorio ha avuto luogo.

E' noto che **nel processo civile sono le parti che hanno l'onere di dimostrare le loro affermazioni nonché l'onere di indicare attraverso quali mezzi di prova intendono provare le rispettive asserzioni giudiziali, "dovendo il Giudice in tutte le azioni così reali che personali [...] essere convinto della verità delle asserzioni delle parti, e questo convincimento non potendosi ottenere se non col mezzo di prove o di presunzioni"** (POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, Venezia, 1841, Lib. XXII, tit. III, p. 87, richiamato anche dalla sentenza del Commissario della Legge in data 18 aprile 1991 nella causa civile n. 418 dell'anno 1988). **Il giudice, infatti, deve decidere <<iuxta alligata et probata partium>>, non potendo trarre elementi di convincimento da fonti di informazione che non siano state ritualmente acquisite al giudizio con le garanzie processuali del contraddittorio.**

*Di qui l'importanza della disciplina dell'onere della prova: "il sistema delle prove appartiene alla dinamica del diritto; l'attore tende ad immutare la condizione di fatto sussistente, e dee somministrare tutti i fattori d'impulso che si richiede all'uopo, come dee fornirsi la forza da chi vuol vincere l'inerzia della materia; a sua volta il convenuto che contrappone un'eccezione, nel senso materiale o processuale della parola, è nella condizione di chi vuole arrestare, diminuire, ritardare o deviare una forza già in atto; tocca a lui somministrare la forza che conduce all'arresto o all'attenuazione dell'altra o che si combini con essa per formare una risultante"* (Note dei traduttori a WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, 1° trad. it. a cura di Fadda e Bensa, Torino, 1902, vol. I, parte I, p. 1203).

*E' evidente che non occorre provare ciò che è pacifico tra le parti, onde il giudice non deve fare alcuna indagine su quanto la parte ammette in accordo con la pretesa della controparte, e deve ritenerlo come cosa certa (cfr: J. VOET, *Commento alle Pandette*, lib. XXII, tit. III, n. IX: "Prova, in primo luogo, l'attore la sua domanda, quando l'oggetto di questa non sia confessato"). La necessità della prova sorge quando il convenuto nega i fatti affermati dall'attore. Il principio generale, in questo caso è che l'onere della prova spetta a colui che afferma il fatto su cui si fonda il diritto, e non su colui che nega (D. 22, 3, 2: "Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat"). E siccome*

di regola colui che afferma è l'attore, è a questi che incombe l'onere della prova (D. 22, 3, 21: "*semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit*"). Colui che afferma può essere anche il convenuto, come quando allega fatti impeditivi, modificativi o estintivi della pretesa attorea, ed in tal caso, nella sua eccezione, il convenuto diviene attore e deve provarne il fondamento (D. 44, 1, 1: "*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est*"; D. 22, 3, 19: "*In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere*". Cfr. anche RICHERI, *Institutiones Universae Civilis et Criminalis Jurisprudentiae*, Torino, 1789, tomo IV, Lib. IV, tit. X, n. 4439, p. 277).

Se la parte gravata dall'onere probatorio non vi adempie, l'avversario risulta vittorioso sul punto controverso (C. 2, 1, 4: "*Qui accusare volunt, probationes habere debent: cum neque iuris, neque aequitatis ratio permittat ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit*". Cfr. anche J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. III, n. IX: "*Se l'attore non prova il reo convenuto debb'essere assolto, ancorché nulla egli adduca a propria difesa*"). Tali assunti, in materia di diritto delle obbligazioni, si trovano confermati dalla giurisprudenza sammarinese, la quale ha ribadito il fondamentale principio che "*spetta all'attore provare l'esistenza delle obbligazioni di cui domanda il pagamento e spetta al convenuto di dimostrare l'avvenuto pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione dei suoi obblighi*" (Sentenza di primo grado 26 luglio 1935, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 64).

Non avendo dunque i convenuti fornito la prova delle loro eccezioni, deve essere accolta la domanda attrice e pronunciata la condanna degli stessi al pagamento della somma di L. 38.200.000=.

4. La procura attrice richiede altresì la condanna dei convenuti "agli interessi in ragione del 7% dalla data della citazione al saldo con rivalutazione della somma dovuta del 15%".

Relativamente agli interessi si rileva che essi conseguono alla mora, e rappresentano nelle obbligazioni pecuniarie i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 191). Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica *ex re*, secondo il brocardo "*dies interpellat pro nomine*"), negli altri casi, quando il creditore abbia inutilmente chiesto l'adempimento, di modo che essa decorre dalla "*interpellatio*" (cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI).

Non risultando protestati gli assegni e non essendo stata prodotta la lettera di messa in mora, gli interessi vanno riconosciuti dalla data della citazione (14 novembre 1989) al saldo.

Infine, va riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo gli indici ISTAT, a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla convenuta che non ha tempestivamente provveduto al pagamento. Tale danno deriva alla attrice dall'accertato minore potere d'acquisto della moneta, che essa è stata costretta a subire per non avere avuto la disponibilità della somma conseguente al pagamento.

5. La procura attrice richiede, infine la provvisoria esecuzione della sentenza.

La dottrina rileva che la provvisoria esecuzione può essere accordata dal giudice "quando ricorra un giustificato timore di danno nel ritardo", sulla scorta di quanto previsto espressamente dall'art. 45 della legge 10 dicembre 1884, "salvo l'imporre, se

opportuna, una cauzione” (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, cit., p. 161 s.), e risultati, comunque, il buon diritto dell’istante (sentenza del Commissario della Legge in data 16 maggio 1973, *Giur. Samm.* 1970-80, p. 314).

Nella specie non risulta provato il danno derivante dal ritardo nell’esecuzione, e pertanto si ritiene di non dover accogliere la domanda di provvisoria esecuzione.

6. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che si liquidano in L. 4.100.000=, vanno posti a carico della parte convenuta, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

### 93.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 22 marzo 1993.

Grandoni Virgilio (Avv. R. Bonelli) : Gasperoni Elio (Avv. L. Bacciocchi), Gasperoni Giorgio (non comparso) – Causa n. 255, anno 1990.

#### **Interessi – Compensatori – Moratori – Tasso convenuto e legale.**

*Gli interessi sono prestazioni accessorie, rispetto all’obbligazione principale, che si aggiungono ad essa per effetto del decorso del tempo e sono commisurati ad una aliquota della stessa.*

*Gli interessi, convenzionali e compensatori, sono espressamente pattuiti tra le parti e rappresentano il compenso per l’utilità che il debitore trae dalla somma di denaro posta a sua disposizione dal creditore.*

*Gli interessi moratori sono dovuti al creditore a titolo di risarcimento del danno subito per non poter disporre, in modo fruttifero, del denaro oggetto dell’obbligazione.*

*Soltanto l’espressa convenzione tra i contraenti può derogare alla disciplina legale in materia di interessi.*

---

### FATTO

Con atto di citazione in data 24 settembre 1990 il signor Grandoni Virgilio, titolare dell’omonima impresa edile, ha convenuto in giudizio i signori Gasperoni Elio e Gasperoni Giorgio per sentirli condannare “in solido a favore dell’attore della somma ancora dovuta per le ragioni di cui in premessa, pari a L. 7.578.074 od altra che dovesse essere di ragione, ma comunque non inferiore alla metà di quanto indicato, che corrisponderebbe agli interessi calcolati in ragione del tasso legale; con condanna al pagamento degli interessi ulteriori, di idonea somma compensativa dell’inflazione, delle spese tutte di causa, onorari di avvocato compresi”.

Esponendo l’attore che in data 21 novembre 1988 il signor Gasperoni Elio conveniva con l’attore una serie di lavori in economia per la ristrutturazione di una casa sita in Serravalle, di proprietà anche del fratello; che il pagamento veniva convenuto “a stato di avanzamento”; che riscontrati alcuni ritardi nei pagamenti, egli provvedeva ad emettere fatture, estratti conto e ricevute bancarie, addebitando l’interesse del 14%, “in

riferimento al più usuale interesse bancario”, che sarebbe stato “convenuto verbalmente in conseguenza dei ritardi sulle date convenute per i pagamenti”. I convenuti non avrebbero sollevato eccezioni in ordine ai conteggi, provvedendo al pagamento dei ratei, rimanendo debitori della somma di L. 7.578.074= “in grandissima parte riferibile ad interessi, che si rifiutano di corrispondere nonostante ripetute richieste”.

All’udienza fissata per la seconda citazione, non essendo stata la prima notificata a mani proprie, si costituiva a mezzo procuratore il signor Gasperoni Elio, mentre non si costituiva il convenuto Gasperoni Giorgio.

Aperta l’istruttoria venivano ammessi, su istanza della procura attrice documenti.

La procura del convenuto costituito depositava presso la Cancelleria di questo Tribunale in data 28 febbraio 1991 “la somma di L. 1.647.000=, relativa alla quota della metà di quanto dovuto oltre agli interessi legali del 7%”, nonché, in data 7 maggio 1992, la somma di L. 753.000=, la quale “oltre a quella già depositata di L. 1.647.000= viene versata a saldo e stralcio di ogni suo debito (riferito solo al signor Gasperoni Elio) nei confronti del signor Grandoni Virgilio”. Con comparsa in data 7 maggio 1992 la procura attrice provvedeva al ritiro delle somme depositate e dichiarava di revocare “ogni azione nei confronti del signor Gasperoni Elio”.

Aperto il termine ad allegare la procura attrice ha prodotto in atti la propria memoria conclusionale. All’udienza dell’11 febbraio 1993 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo veniva posto in *pro servato*.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha così concluso: “in ragione di quanto emerso, avvalorato dal comportamento della parte ormai estromessa dal giudizio, si chiede riconoscere che Gasperoni Giorgio è rimasto debitore dell’attore alla data della citazione della somma di L. 3.789.037 (7.578.074 : 2) - avendo il coobbligato definito per la parte di sua spettanza (1/2) - oltre gli interessi successivi da conteggiare con il medesimo tasso (14%) applicato concordemente dalle parti e con conseguente condanna del convenuto al pagamento della somma suindicata e interessi nei termini descritti (compensativi anche dell’inflazione), nonché delle spese e onorari tutti di causa, da liquidare in [...] L. 1.100.000=”.

## DIRITTO

1. In via preliminare deve essere dichiarata l’estromissione dal presente giudizio del convenuto Gasperoni Elio. Egli, infatti, ha provveduto a pagare il suo debito nei confronti dell’attore, il quale ha espressamente dichiarato di revocare ogni azione nei suoi confronti. La parte attrice prosegue pertanto il presente giudizio esclusivamente nei confronti del signor Gasperoni Giorgio e per la somma di L. 3.789.037=

Deve, inoltre, essere dichiarata la contumacia del convenuto Gasperoni Giorgio, non comparso sebbene ritualmente citato e sebbene allo stesso siano stati regolarmente notificati i decreti di apertura dei termini reprobatori, di controprova e ad allegare.

Non può essere pronunciata, tuttavia, la condanna del convenuto Gasperoni Giorgio sulla base della sola contumacia.

**La *ficta confessio*, ammessa da molti Statuti ed anche dal diritto comune, non è accolta dalle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, le quali impongono la stessa sia confermata col giuramento di calunnia, ed in tal senso è l’orientamento costante della giurisprudenza sammarinese (cfr., per tutte, sentenza del Commissario della Legge in data 17 febbraio 1962, in *Giur. Samm.*, 1965, fasc. 1, p. 72).**

Non essendo stato prestato il giuramento di calunnia l'attore deve provare il credito vantato nei modi ordinari.

2. L'attore agisce per ottenere il pagamento della somma di L. 7.578.074=, che rappresenta il residuo dell'importo dei lavori realizzati nell'immobile di proprietà dei convenuti, pari a totali L. 71.858.305=, cui si aggiungono gli interessi moratori al tasso del 14% calcolati dalla data di ciascun acconto sulle somme residue fino all'acconto successivo, per un totale di L. 7.069.769=, derivandone che la somma richiesta si riferisce quasi esclusivamente ad interessi, essendo la sorte pari a L. 508.305=.

Devesi subito rilevare che non sussiste in atti contestazione alcuna circa l'esistenza del debito. Il convenuto Gasperoni Elio ha provveduto a pagare il debito nella quota della metà, mentre il convenuto Gasperoni Giorgio, non costituitosi, non ha ovviamente sollevato eccezioni.

Il *thema decidendum* della presente controversia è costituito dall'accertamento della sussistenza del diritto dell'attore ad applicare gli interessi sulla somma capitale, e, in caso affermativo, dalla congruità del tasso applicato.

*Gli interessi sono prestazioni accessorie, omogenee rispetto alla prestazione principale, che si aggiungono ad essa per effetto del decorso del tempo e che sono commisurati ad una aliquota della stessa.*

*Gli interessi possono essere "convenzionali" e "compensatori", vale a dire espressamente pattuiti tra le parti e consistenti in quelle somme che rappresentano il compenso di un "servizio" prestato, quale è l'utilità che il debitore trae dal potere di disposizione di una somma di denaro: "Compensatorio chiamato quell'interesse che è al creditore dovuto a corrispettivo del danno sofferto per essere stato privo del suo denaro, considerandosi quasi una mercede per l'uso di cose fungibili, e quindi un compenso del lucro che dall'uso del proprio denaro egli avrebbe potuto percepire" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. XXII, tit. I, n. IV). Tali interessi ineriscono, tipicamente, a quei contratti, come il mutuo, in cui il creditore pone a disposizione una somma di danaro al debitore, il quale ne acquista la proprietà e si obbliga alla restituzione nel tempo stabilito.*

*Altra cosa sono gli interessi "moratori", che sono dovuti al creditore a titolo di risarcimento del danno subito per non poter disporre, al fine di impegnarlo in modo fruttifero, del denaro oggetto dell'obbligazione. Osserva il DE LUCA (Dottor Volgare, Tomo II, p. 92) che, siccome "oggidì niuno si presume di tenere il suo denaro ozioso e infruttifero" può essere pronunciata "la condanna di questo interesse del lucro cessante senza dubbio alcuno".*

*La mora è "una dilazione frustratoria che frapponesi al pagamento" (J. VOET, op. ult. cit., n. XXIV). Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica ex re, secondo il brocardo "dies interpellat pro homine"), negli altri casi, quando il creditore abbia inutilmente chiesto l'adempimento, di modo che essa decorre dalla "interpellatio" (cfr. J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI).*

*Riguardo agli interessi moratori la giurisprudenza sammarinese ha affermato il principio che essi rappresentano nelle obbligazioni pecuniarie i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in Giur. Samm., 1963, fasc. I, p. 191). Nessun dubbio, dunque, che essi siano dovuti dal debitore che ritarda il pagamento, rappresentando la liquidazione forfettaria*



*del danno subito dal creditore in conseguenza del ritardo medesimo, indipendentemente da qualsiasi convenzione in tal senso, trovando la loro fonte nella legge.*

*Con riferimento alla misura degli interessi moratori, questi sono dovuti al tasso legale, fissato al 7% dalla legge 27 ottobre 1972 n. 36, a meno che non sia stato espressamente convenuto un tasso diverso. A tal proposito la locale giurisprudenza ha posto il principio che "il limite dell'interesse ordinario stabilito dalla legge e quello massimo che le parti possono convenire sono rispettivamente del cinque e del dodici per cento. Gli interessi pagati oltre la misura legale si possono ripetere come capitale indebito" (sentenza del Commissario della Legge in data 4 luglio 1968, in Giur. Samm., 1964-69, p. 412 ss.). La misura dell'interesse legale è stata, come detto, successivamente elevata dalla legge al 7%.*

3. Sulla scorta dei principi esposti si osserva che, nella specie, il diritto della parte attrice alla applicazione degli interessi moratori risulta provato dai documenti prodotti in atti. Il contratto di esecuzione dei lavori, sottoscritto dal signor Gasperoni Elio, prevedeva il "pagamento a stato di avanzamento", e dagli estratti conto, risulta che i lavori sono stati ultimati il 1° giugno 1989, onde il saldo sarebbe dovuto avvenire a tale data; emerge, inoltre, che i pagamenti rateali sono in gran parte avvenuti successivamente a tale data, e quindi in ritardo rispetto al termine convenuto. Nessun dubbio dunque in ordine al diritto della parte attrice a vedersi corrisposti sulle somme residue di un credito certo, liquido ed esigibile, gli interessi moratori, diretti a compensare i danni derivanti dal ritardo nel pagamento.

Inoltre si osserva che nessuna eccezione è stata avanzata, nemmeno in giudizio, dai convenuti in ordine alla applicazione degli stessi, che risulta dai sopra citati estratti conto a loro inviati dalla parte attrice.

4. Riguardo alla misura dell'interesse applicato si deve osservare che non è stata data prova in atti della convenzione in forza della quale il tasso sarebbe stato stabilito nella misura del 14%.

E' vero che non risulta in atti alcuna contestazione agli estratti conto in cui veniva indicato tale tasso. Ed è altresì corretta l'affermazione della procura attrice contenuta nelle finali allegazioni, secondo cui non deve essere preso in considerazione in modo assoluto il corrispettivo versato in corso di causa dal convenuto Gasperoni Elio, in quanto tra la parte attrice e lo stesso sarebbe intervenuta **transazione, che è un contratto innominato, che ha lo scopo di porre fine ad una controversia tra due soggetti mediante reciproche rinunce delle rispettive pretese** (si veda C. 2, 4). **La transazione, infatti, è un patto con il quale un diritto prima incerto, viene convertito in un diritto certo mediante il promettere, dare o trattenere reciprocamente qualcosa** (C. 4, 2, 12 e 38), i cui elementi essenziali la volontà delle parti di porre fine ad una lite o di prevenirla, e le reciproche concessioni. La concessione che uno dei transigenti fa, è il fondamento di quella dell'altro, e viceversa, ed in ciò consiste la causa della transazione.

Si deve peraltro osservare che secondo la *communis opinio* la deroga alla disciplina legale in materia di interessi deve risultare da apposita convenzione espressa tra i contraenti. Ed infatti, poiché gli interessi moratori non sono "dovuti in virtù di una nuova obbligazione, ma in virtù del solo comando del giudice, presso cui si tratta la somma capitale" (POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, Lib. XII, tit. I, n. LIII), di modo che gli interessi non possono essere imposti a cagione della sola mora

**stragiudiziale** (VOET, op. loc. cit. n. X), **la misura di questi è quella fissata dalla legge, a meno che non risulti un patto espresso in tal senso.**

Come detto, non risulta agli atti la prova della convenzione espressa tra le parti diretta a fissare gli interessi in misura superiore a quella legale. Al silenzio dei convenuti circa gli estratti conto, in cui era indicato il tasso nella misura del 14%, non può essere in via unilaterale attribuito il significato di consenso tacito, anche considerando che, per ottenere il pagamento degli stessi, l'attore ha dovuto promuovere azione giudiziale. Di conseguenza, si ritiene che gli interessi debbano essere corrisposti nella misura legale del 7%, e pertanto la somma richiesta a titolo di interessi, pari a L. 3.534.884= deve ulteriormente essere divisa per metà, risultando pari a L. 1.767.442= per interessi, cui debbesi aggiungere la somma di L. 254.152= per sorte, e così per totali L. 2.021.594=.

Il convenuto Gasperoni Giorgio deve dunque essere condannato al pagamento, in favore dell'attore della somma di L. 2.021.594=.

Relativamente alla somma di L. 1.767.442= - totalmente relativa agli interessi moratori - deve escludersi che sulla stessa possano essere corrisposti ulteriori interessi, posto che la corresponsione di interessi su interessi (anatocismo) risulta vietata. La giurisprudenza sammarinese ha stabilito infatti che “gli interessi scaduti dei capitali non possono produrre interessi nè in forza di domanda fatta giudizialmente nè in forza di convenzione tra le stesse parti. [...] La pratica tuttavia ammette che - allorquando esiste domanda giudiziale per la restituzione di capitali e relativi accessori - possano capitalizzarsi gli interessi scaduti alla data della domanda giudiziale e su di essi far decorrere l'interesse normale del 5% e non già quello maggiore eventualmente concordato fra le parti per il capitale” (sentenza del Commissario della Legge in data 18 dicembre 1930, *Giur. Samm.*, 1930, p. 21). Nella specie la domanda è relativa al pagamento degli interessi su somme già pagate, onde non è dato procedere alla capitalizzazione degli stessi.

Devono, invece, essere riconosciuti gli interessi moratori al tasso del 7% sulla somma capitale residua, pari a L. 254.152=, fino al saldo.

5. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che si liquidano in L. 1.100.000=, vanno posti a carico del convenuto Gasperoni Giorgio, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

#### 94.

Magistrato del Lavoro (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 14 aprile 1993.

Ercolani Giuseppe Oviglio (Avv. R. Bonelli) : S.A. Cotes (Avv. L. Bacciocchi) – Causa n. 225, anno 1991<sup>92</sup>.

**Lavoro – Invalido o portatore di deficit – Collocamento obbligatorio.**

<sup>92</sup> Confermata dalla decisione di secondo grado del 14 settembre 1994; vedi Parte seconda, Sezione seconda – Decisioni di secondo grado, n. 40, all'esame della quale si rinvia.

*Il collocamento obbligatorio, essendo posto a carico dell'azienda in modo del tutto oggettivo ed automatico, prescinde dalla produttività del collocamento all'interno dell'organizzazione aziendale.*

---

(omissis)

**95.**

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 26 maggio 1993.

Simoncini Dott. Aldo, quale Procuratore della procedura di concordato tra i creditori di Pedini Fabio ed altri (Avv. G.B. Reffi) : Pedini Fabio e Tentoni Claudia, quali legali rappresentanti dei minori figli F. e F. (Avv. G.B. Busignani) : Macina Giuseppe e Pedini Raffaella, quali legali rappresentanti dei minori figli M. e C. (Avv. G. Giardi) : Amati Anna Maria ved. Pedini (Avv. G. Giardi) – Causa n. 76, anno 1989.

**Concordato – Azione revocatoria – Impropionibilità – Donazione della nuda proprietà di un bene in antiparte ai figli, dell'usufrutto alla madre – Insinuazione non prescritta – Donazione della nuda proprietà ai nipoti – Insinuazione omessa – Nullità.**

*Il procuratore della procedura di concordato giudiziale dei creditori non ha legittimazione di esperire azioni revocatorie di atti di disposizione di beni immobili, posti in essere dal proponente il concordato stesso.*

*Non è richiesta la formalità dell'insinuazione apud acta iudicis per la validità della donazione, a titolo di antiparte, della nuda proprietà di una parte di un bene ai minori figli, e dell'usufrutto sull'intero bene in favore della madre del donante.*

*E' invece nulla e di nessun effetto, per carenza della formalità della insinuazione, la donazione della nuda proprietà della parte di un bene in favore dei nipoti del donante.*

---

**FATTO**

Con istanza depositata il 3 marzo 1989 l'attore, nella sua qualifica, ha chiamato in causa i convenuti per sentir "dichiarare che le cessioni di cui a premessa a vari titoli avvenute e di cui all'atto pubblico rogato dal Notaio Walter Albertini in data 28 ottobre 1987, registrato in data 24 novembre 1987, n°. 3296, vol. 194 del Registro di formalità, devonsi considerare nulle e di nessun effetto e quindi revocate *iuris et de iure*" con la "vittoria di spese ed onorari".

Assume l'attore che il Sig. Fabio Pedini, con atto pubblico in data 28 ottobre 1987 del Notaio Pubblico dr. Walter Albertini, registrato il 24 novembre 1987 al n°. 3296, Vol. 194 del Registro di Formalità, limitatamente alla nuda proprietà, ha donato ai nipoti Michele e Chiara Macina i due quinti, e ha ceduto in antiparte ai figli Francesco Pedini Amati, Federico Pedini Amati e Fabiana Pedini Amati i tre quinti, degli immobili così

descritti al catasto fabbricati F. 48, n°. 84 sub. 1, Cat. D/7 e n°. 84 sub 2, Cat. A/5, cl. 2, V.u.3 e degli immobili così descritti al catasto terreni F. 48, n.i 85, 94, 3 36, 337, 105, 151, 104 e F. 35 n.i 168, 169, 115 di totale ha.5.26.40, l'usufrutto dei quali, con lo stesso atto, é stato invece donato alla madre Amati Anna Maria.

Assume altresì l'attore che le predette alienazioni si devono ritenere nulle e di nessun effetto e pertanto oggetto di revocatoria in ragione della forma e del tempo in cui sono avvenute.

Riprodotta regolarmente la citazione nell'interesse dell'attore, si sono costituite le parti convenute e, dopo l'ammissione del documento prodotto, la parte attrice ha rinunciato ai termini di prova in suo favore.

Nel termine di controprova é stata ammessa con riserva la testimonianza del notaio rogante, successivamente resa in data diversa da quella stabilita con decreto e notificata alle parti, e per di più senza la presenza delle procure convenute.

La procura dell'attore ha chiesto l'apertura del termine ad allegare. Dopo l'irrotulazione la causa è stata posta "pro servato" e trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto la procura della parte attrice ha così concluso: "che sia dichiarata con la revocatoria la nullità dell'atto rogato dal Notaio W. Albertini in data 27 ottobre 1987 di cui sopra in quanto: sia la cessione in antiparte sia la donazione sono state disposte ritenuti i tempi, la situazione debitoria del Pedini, il coinvolgimento nella stessa degli altri soggetti contraenti, lo stretto rapporto di parentela dei soggetti, il beneficio di altri familiari ed il danno dei creditori, sono state realizzate nella consapevolezza di un atto di approfittamento in relazione al quadro finanziario diffusamente noto e per sottrarre beni ad una conclusione dall'esito negativo facilmente prevedibile: con l'aggravamento particolare, per quanto si riferisce alla donazione, che essa risulta fatta in privazione della ratifica giudiziaria della insinuazione. Ne consegue che i beni immobiliari e mobiliari di cui trattasi o comunque compresi indistintamente nelle cessioni vengano dichiarati rientranti nella massa attiva concorsuale", con vittoria delle spese ed onorari di giudizio analiticamente precisati nella somma complessiva di £.6.490.000=. Nelle stesse memorie sono stati allegati in manica quattro documenti di cui i primi due sono fideiussioni rilasciate dal Dr.Pedini, dalla sig.ra Anna Maria Amati e dalla sig.ra Tentoni Claudia in favore della Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, il terzo è un atto di fideiussione rilasciato dalla sig.ra Raffaella Pedini sempre in favore della Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, ed il quarto è una richiesta di insinuazione nella procedura di concordato in favore della Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino.

La procura dei convenuti coniugi Pedini e della Sig.ra Anna Maria Amati, ved. Pedini, ha invece così concluso: "respingere l'istanza del Procuratore del Concordato sia per la sua intrinseca nullità perché improponibile, sia perché la revocatoria, tanto che la si consideri ordinaria che fallimentare, è priva di ogni fondamento per assenza dei requisiti che ne presuppongono l'applicabilità, il tutto con addebito di spese ed onorari di causa".

La procura dei coniugi Macina ha infine così concluso: "si chiede che la citazione sia respinta in toto e siano poste a carico della parte attrice spese ed onorari di causa".

Con sentenza interlocutoria dell'11 gennaio 1990 è stata "sospesa ogni pronuncia in merito e nelle spese" ed è stata riaperta "l'istruttoria, assegnando alla parte attrice un termine di una udienza per produrre regolarmente i documenti, già presentati "in manica" ed assegnando il solito termine reprobatorio alle parti convenute per controdedurre, nonché assegnando un nuovo termine ad allegare".

Con istanza del 14 marzo 1991 il procuratore dell'attore, preso atto della emanata sentenza interlocutoria ha riassunto la causa citando i convenuti "per ivi sentir dichiarare, in ripresa del giudizio, la nullità dell'atto pubblico rogato dal Notaio Walter Albertini del 28 ottobre 1987, registrato il 24 novembre 1987 al n. 3296, vol. 194 comportante cessione ai vari titoli dell'immobile distinto a catasto fabbricati f. 48, n. 84 sub 1, e n. 84 sub 2 e Catasto Terreni f. 48, n. 85, 94, 336, 337, 105, 151, 104 e f. 35, n.168, 169, 115, sito in Faetano. Il tutto con vittoria di onorari e spese".

All'udienza del 2 maggio 1991 la procura della parte attrice ha prodotto i documenti, mentre la procura dei convenuti coniugi Pedini e Tentoni, esercenti la patria potestà sui figli minori, hanno prodotto ulteriori documenti insistendo per la loro ammissione. Tali documenti sono stati ammessi con riserva, perché presentati dopo la scadenza del termine reprobatorio; si deve dichiarare che possono essere ammessi.

Aperto il termine ad allegare la causa è stata poi posta *pro servato* e trattenuta per la decisione.

Il procuratore dell'attore ha concluso chiedendo "sentenza conforme a quanto già richiesto con le memorie e l'istanza a suo tempo disposte".

Il procuratore dei convenuti coniugi Pedini e Tentoni ha richiamato "quanto già eccepito in memoria conclusionale e osservate nella comparsa in data 3 dicembre 1991".

Il procuratore dei convenuti coniugi Macina e Pedini si è richiamata alle allegazioni già presentate e depositate in atti il 17 settembre 1990 e il 26 settembre 1991.

## DIRITTO

1) In via pregiudiziale si eccepisce nell'interesse dei convenuti la legittimazione attiva del procuratore del concordato di intraprendere azioni giudiziarie di revoca di atti di disposizione di beni immobili posti in essere dal proponente il concordato stesso.

L'istanza di citazione è stata infatti depositata esercitando un mandato tacito conferito al Procuratore del Concordato tra i creditori del Dr. Fabio Pedini.

Inoltre si eccepisce che la nullità è stata invocata per "le forme ed il tempo" dell'atto, appellandosi quindi al secondo comma dell'art. 3 della Legge 15 novembre 1917, n. 17, ove è detto che "ogni alienazione, gratuita ed onerosa, dei beni ceduti posteriore all'apertura del concorso è nulla di pieno diritto; e se anteriore di un anno, è pure nulla l'alienazione gratuita; e se onerosa, è inefficace per frode presunta ove danneggi le ragioni dei creditori, a meno che il terzo non provi la sua buona fede e cioè di non aver sfruttato a proprio vantaggio il dissesto dell'altro contraente".

L'eccezione è fondata e può essere accolta.

Se si deve stare agli atti di causa, in attuazione del principio che *iuxta probata ed allegata partium iudex iudicare debet*, nonostante la produzione serotina da parte del procuratore dell'attore, che ha portato alla pronuncia interlocutoria e ha costretto alla riapertura degli atti rimettendoli in istruttoria, dopo aver esercitato una rinuncia dei termini di prova in suo favore, non risulta che sia stata data la prova che nei confronti dei convenuti é stato aperto un concorso di creditori, ma solo un concordato. Soprattutto non risulta, perché - ripeto - non ne è stata data alcuna prova, che sia stato aperto un concorso dei creditori nei confronti del cedente e donante Sig. Fabio Pedini.

Come é già stato detto sempre in via interlocutoria - e non è stato impugnato - è improbabile, anzi inammissibile al giudicante la consultazione di altri fascicoli

processuali, che avrebbero dovuto essere espressamente prodotti o allegati agli atti di causa dalla parte attrice.

Nel caso poi non si può far ricorso alla categoria del notorio, perché tutti i documenti prodotti in causa fanno costante riferimento soltanto alla "procedura di concordato fra i creditori del Dott. Fabio Pedini e della Sotecs s.a. di San Marino, della Sotecs s.r.l. e della Società di Ingegneria Geotecnica s.r.l. di Montemaggio di San Leo".

2) Eccepisce il procuratore dei convenuti Macina e Pedini che il procuratore del concordato giudiziale non può esperire azioni revocatorie, perché secondo una decisione ormai consolidata "l'ultima parte dell'art. 3 della Legge 15 novembre 1917 si applica in favore della massa dei creditori in caso di concorso tra di essi e non in favore del dissestato in caso di raggiunto concordato" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 26 luglio 1934 nella causa n. 32 dell'anno 1934, in Giurisprudenza Sammarinese, 1933 e 1934, p. 92). L'indirizzo è stato recepito dalla dottrina, dato che si ritiene che lo stato di dissesto e la massa dei creditori, che presuppone l'allegata norma, vengono a mancare nel caso in cui si raggiunga il concordato. Ed è in favore di situazioni di dissesto e della massa dei creditori - sempre secondo la dottrina - che sono prescritte le nullità di cui all'art. 3 (cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria sammarinese*, R.S.M. 1967, p. 156).

Il problema vero è che dagli atti di causa nulla è dato sapere sull'esito del concordato, peraltro sicuramente aperto per la presenza in causa del suo Procuratore. Né è dato di saperlo altrimenti, fuori dagli atti di causa, per cui si deve forzatamente, quanto inopinatamente concludere che il procuratore del concordato, come tale e nella veste in cui ha proposto l'azione, non avrebbe potuto proporla in forza dell'ultimo comma dell'art. 3 della citata legge.

3) Si è già affermato in via interlocutoria che la parte attrice con l'originaria istanza di citazione "ha esercitato una azione revocatoria, non altrimenti qualificata in quel momento processuale, se non contestando alle parti convenute soltanto la nullità di atti ed effetti di cui chiede una generica revoca *iuris et de iure*".

Né l'azione esperita ha ricevuto migliore qualificazione dopo le finali allegazioni in diritto quando la stessa parte attrice ha affermato che "l'azione posta in essere dal procuratore del concordato cade esattamente nel suo compito di registrazione, controllo e di recupero dei beni", oppure quando "la situazione determinatasi col ricorso di concordato e con i provvedimenti relativi risulta poi definitivamente assorbita dalla dichiarazione 8 maggio 1989 del Tribunale Commissariale che apre a carico del Pedini il concorso fra i creditori".

Secondo quanto è stato prodotto in atti l'atto del Notaio Avv. Walter Albertini, rogato il 28 ottobre 1987, è stato registrato il 24 novembre 1987 al n. 3296, vol 194 del Registro di formalità.

Ora se è vero, come unilateralmente dichiara in atti il procuratore della parte attrice, che il concorso dei creditori è stato aperto il giorno 8 maggio 1989, considerata la data di registrazione dell'atto impugnato, che ha sicuro valore nei confronti dei terzi, si deve dire che siamo notevolmente fuori dal termine di un anno prescritto per dichiarare la nullità della alienazione gratuita a norma del citato secondo comma dell'art. 3.

Volendo qualificare l'azione esercitata come azione revocatoria a sensi dell'ultimo comma suddetto articolo 3, il termine utile per poterla esercitare spirava esattamente il giorno 25 novembre 1988. Anche ammettendo che il procuratore del concordato dei creditori possa essere stato legittimato a proporre la suddetta azione revocatoria, perché

poi il concordato non ha avuto esito positivo, l'istanza di citazione, depositata il 3 marzo 1988, sarebbe stata ugualmente intempestiva.

Né diverse argomentazioni possono ammettersi per dimostrare il *consilium fraudis* e quindi l'inefficacia delle alienazioni effettuate, come vorrebbe la procura dell'attore, perché, anche in questo caso il termine, entro cui devono essere state perfezionate le c.d. "alienazioni", peraltro questa volta onerose, è sempre identico. Anzi questa ipotesi, così come viene invocata, proprio perché non è onerosa, non è neppure applicabile.

A tal fine la documentazione prodotta dalla parte attrice con la produzione in manica non è sufficientemente persuasiva, perché semmai è da ritenersi dimostrativa del credito che a quella data il convenuto Dott. Fabio Pedini aveva presso gli istituti bancari.

4) Il problema che resta è se il procuratore del concordato sia anche legittimato a proporre azione contro quella parte dell'atto, che è da ritenersi come donazione non insinuata nel termine perentorio dei successivi sei mesi: anche questa infine risulta essere l'azione proposta dall'attore, secondo quanto si rivela alla lettura delle finali allegazioni in diritto.

*Tornando in generale sulla legittimazione del curatore, in dottrina è affermato che "in un giudizio esteso a tutti i cittadini, siano o non commercianti, i quali, di regola, fanno debiti senza scadenza perentoria, parve miglior consiglio, seguendo una tendenza dottrinale che finirà per prevalere, di fissare legislativamente il periodo critico o sospetto: e lo si determinò all'anno anteriore all'apertura del giudizio. Se in questo periodo il debitore compie liberalità inadeguate all'entità del suo patrimonio, esse sono senz'altro nulle, perché offendono le ragioni dei creditori: nemo liberalis, nisi liberatus" (cfr. L. Bolaffio, Relazione alla Legge 15 novembre 1917 sulla cessione dei beni ai creditori, sul concordato e sul concorso dei creditori, in Giurisprudenza Sammarinese, 1964, p. 249).*

*Si può perciò concludere che al di fuori del termine previsto dalla legge, cioè "dell'anno anteriore all'apertura del giudizio", il curatore del concordato non è proprio legittimato a proporre azioni revocatorie di nessun tipo.*

Resta soltanto la possibilità in linea di principio di far valere in giudizio la carenza della formalità della donazione, cioè di quel contratto che è stato definito come "mera quaedam liberalitas, quae nullo iure cogente fit, sed ex sola liberalitate et munificentia donantis procedit" (Johannes Oinotomus, In quatuor Institutionum Imperialium Iustiniani Imperatoris libros commentarii, Lib. 3, tit. 7, n. 3, ed. Venetiis 1621), quando questa è avvenuta in tempi non sospetti secondo la legge, e cioè oltre il termine "dell'anno anteriore all'apertura del giudizio".

Nel caso di specie poi almeno tre, dei quattro requisiti richiesti - come la presenza di testimoni, la chiara manifestazione di volontà e che l'atto non comprende l'universalità dei beni del donante - sono presenti. Manca solo la formalità della successiva insinuazione *apud acta iudicis*, quale si ritiene prescritta "nelle leggi di Giustiniano" - per la precisione in forza di a C.8.53 (54)34 - passate poi attraverso un complesso sistema di fonti, già ampiamente e recentemente indagato in dottrina, nell'Ordinamento Sammarinese. Comunque oggi tale formalità si ritiene recepita nel diritto comune e si considera ormai vigente a San Marino (cfr. R. Bonelli, La donazione giurata nel diritto comune e in San Marino, R.S.M. 1979, p.15).

Esaminata però la natura dell'atto impugnato si deve accertare che è stata ceduta in antiparte ai tre figli minori la nuda proprietà di una parte di un bene - tre quinti - e si è contestualmente costituito un usufrutto sull'intero bene in favore della madre del

cedente. Con lo stesso atto é stata donata un'altra parte - i restanti due quinti - dello stesso bene in favore dei suoi due nipoti, fermo restando l'usufrutto vita natural durante già costituito sempre in favore della madre.

Certamente **il curatore del concordato non sembra legittimato neppure a proporre azione per carenza della formalità della insinuazione nei confronti della "donazione o assegnazione dei beni, fatta dal padre ai figli, preventivamente alla morte, purché tale assegnazione non ecceda la legittima", perché, proprio in questo caso, come è stato affermato, non è necessaria alcuna insinuazione** (cfr. F. Viroli, L'insinuazione della donazione, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1965, p. 277).

Orbene dagli atti di causa non risulta che l'impugnata cessione in antiparte dei diritti di nuda proprietà ai tre figli minori in ragione dei tre quinti dell'intero, peraltro posta in essere al di fuori dei termini di un anno dall'apertura del concordato, abbia ecceduto la quota di legittima dei beni, che in quel momento appartenevano al cedente.

E pertanto il curatore, proponendo l'azione, non potrebbe neppure richiedere la nullità dell'atto di donazione perché non insinuata, in quanto trattasi di un caso nel quale non è comunque richiesta la formalità della insinuazione.

Per la stessa ragione il curatore non sembra legittimato neppure in un altro caso, che è poi quello della donazione "fatta *ob causam quae respiciat commodum donantis*, per causa cioè che escluda la liberalità della donazione stessa, non potendosi questa considerare donazione semplice ma impropria" (cfr. F. Viroli, L'insinuazione della donazione, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1965, p. 277).

Ma, dato che parte della nuda proprietà del bene dell'attore era già stata legittimamente trasferita con la cessione in antiparte ai figli, è proprio questo il caso in cui, con quell'atto, solo rispettando la forma della donazione come ivi si dichiara, è stato invece costituito l'usufrutto vita natural durante della madre.

In ogni caso la giurisprudenza ha stabilito che **"il diritto comune [...] presume avvenuto pietatis vel benevolentiae causa tutto ciò che, spontaneamente e liberamente, è stato dato o fatto a favore di persona stretta da forti vincoli di parentela e nega, di conseguenza, l'azione di rimborso, perché ogni beneficio deve portare giovamento e non indurre in inganno"** (cfr. sentenza del Commissario della Legge del 2 settembre 1937 nella causa n. 62 dell'anno 1936, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 64).

Si ritiene pertanto che per questa parte, relativa alla costituzione dell'usufrutto in favore della madre del donante, l'atto debba considerarsi una donazione impropria, che per sua natura non richiede alcuna insinuazione. In realtà siamo soltanto in presenza di un vero e proprio atto di costituzione di usufrutto a favore di un genitore, costituito a titolo gratuito, sopra un bene di cui l'attore si era già parzialmente disfatto, perché legittimante ceduto in antiparte ai figli minori.

**5) Cade però sotto gli effetti della carenza della formalità della insinuazione quella parte dell'atto con il quale si costituisce donazione in favore dei nipoti ex sorore**, e cioè relativamente all'atto di liberalità con la quale il donante, Dott. Fabio Pedini, ha loro trasferito i due quinti di nuda proprietà ai nipoti.

Nei loro confronti la donazione per essere valida doveva essere insinuata, perché come è stato detto la "practica insinuationis faciendae est quod donatio redigatur ad scripturam et postea coram iudice publicetur et registretur apud acta" (cfr. I. Clarus, *Opera iuridica*, lib. IV, § Donatio, Quaest. XV).



Il termine perentorio dell'insinuazione *apud acta iudicis* é da ritenersi ampiamente decorso, perché é di sei mesi, così come si trova prescritto nello Statuto di Roma e nell'art. 50 del Regolamento Legislativo e Giudiziario del 10 novembre 1834, fonti dalle quali, viene fatto derivare, e che deve osservarsi anche a San Marino per procedere alla formalità essenziale della insinuazione (cfr. F. Viroli, L'insinuazione della donazione, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1965, p. 277).

Le spese e gli onorari di giudizio seguono il principio della soccombenza e conseguentemente devono essere parzialmente compensate tra le parti e gravare solo per due sestri sui due nipoti soccombenti.

## 96.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 16 giugno 1993.

Trippitelli Rag. Ettore, quale curatore del fallimento della s.n.c. Ma – ri (Avv. G. Micheloni) : Giovanardi Rita e Mariotti Marina (Avv. G. Nicolini); intervenuta in causa: Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 178, anno 1991.

### **Segreto bancario.**

*Il soggetto tutelato dal segreto bancario è il cliente, nei confronti del quale la banca assume l'obbligo di non rivelare ad altri tutto ciò che nel proposito del cliente medesimo è destinato a rimanere segreto.*

---

## FATTO

Con istanza depositata in Cancelleria l'11 luglio 1991 l'attore, a mezzo suo procuratore, ha chiesto "ordinarsi alla Cassa di Risparmio di San Marino di mettere a disposizione del curatore fallimentare Rag. Trippitelli Ettore i titoli di credito intestati alla fallita Giovanardi Rita e le somme liquide depositate in conto corrente o ogni altro deposito di proprietà della fallita Rita Giovanardi; diffidarsi contestualmente la Cassa di Risparmio di San Marino dall'effettuare pagamenti, addebiti in conti e quant'altro intestato alla fallita Giovanardi Rita".

Con successiva istanza del 17 luglio 1991 sempre lo stesso attore e nella sua qualifica ha richiesto dichiararsi esecutiva nel territorio della Repubblica la sentenza n. 30/90, Reg. Cronologico 1723, repertorio n. 567, emessa in data 29 marzo 1990 dal Tribunale di Rimini, Sezione Fallimentare, promossa dal Sig. Eugenio Nicosanti, dalle Sig.re Tiziana Mascella e Irene Pratelli, nonché dal Geom. Salvatore Mancuso, contro l'Ombrellificio MA-RI di Mariotti e Giovanardi s.n.c., nonché contro i soci sig. Mario Mariotti e sig.ra Rita Giovanardi in proprio, avente per oggetto la dichiarazione di fallimento degli stessi. Con pronuncia depositata in data 17 luglio 1991 la suddetta sentenza é stata dichiarata esecutiva nel territorio della Repubblica con il seguente dispositivo: "accorda esecutorietà nel territorio della Repubblica alla sentenza n. 30/90, Reg. Cronologico

1723, repertorio n. 567, emessa in data 29 marzo 1990 dal Tribunale di Rimini, Sezione Fallimentare, avente per oggetto la dichiarazione di fallimento della s.n.c. Ombrellificio MA-RI di Mariotti e Giovanardi, con sede in Rimini, Via Maria Giudice, n. 7, con attività di produzione ombrelli - C.F. 00802730408, nonché dei soci in proprio Mariotti Mario nato a Rimini il 5 settembre 1930, deceduto il 9 marzo 1990, epoca in cui la società versava in stato d'insolvenza e Giovanardi Rita, nata a Rimini il 29 dicembre 1933, ivi residente Via Maria Giudice, n. 7, nel dispositivo riprodotto nella superiore parte motiva in fatto e che qui si vuole per riportato e trascritto nella sua forma integrale. Condanna i convenuti falliti al pagamento delle spese ed onorari del presente giudizio di deliberazione”.

Con istanza, sempre del 17 luglio 1991, l'attore ha poi richiesto il sequestro conservativo dei titoli di credito e delle somme depositate in conto corrente n. 000894 aperto dalla sig.ra Giovanardi Rita presso la Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, Agenzia di Dogana.

Autorizzato ed eseguito il sequestro, fissata l'udienza per la convalida, si è costituita la convenuta sig.ra Rita Giovanardi a mezzo procuratore chiedendo di essere dichiarata “estranea al procedimento”. Eccepisce infatti la convenuta di non essere mai stata “titolare di alcun conto corrente [...] né di certificati di deposito” presso la suddetta banca.

Lo stesso procuratore ha poi dichiarato di assistere la figlia della convenuta Rita Giovanardi, “Mariotti Marina la quale convivendo con la madre ha aperto rapporti con la Cassa di Risparmio di San Marino”, che perciò, dopo tale dichiarazione, deve considerarsi intervenuta volontariamente in giudizio. Eccepisce pertanto nell'interesse della intervenuta, che nei fatti esposti dall'attore a fondamento della sua domanda, devesi ravvisare soltanto un errore materiale della banca - Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino - nel redigere l'indirizzo delle contabili inviate.

Replica l'attore che dalle suddette contabili, prodotte ed ammesse agli atti di causa - del 28 marzo 1991 e del 31 marzo 1991 -, risulta invece che il conto corrente 000894, acceso presso la Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, Agenzia di Dogana, è intestato a “Mariotti Marina - Giovanardi Rita”, residenti in Via Giudice, n. 7 - CAP 47037 Rimini, cioè alla convenuta, dichiarata fallita e alla sua figlia intervenuta in causa. Il procuratore dell'attore ha perciò richiesto - per ben due volte con comparse 19 dicembre 1991 e 30 gennaio 1992 - di “ordinarsi alla Cassa di Risparmio di San Marino di dare ufficiale comunicazione in atti se la fallita Giovanardi Rita ha depositato la propria firma per l'uso degli assegni del conto corrente 00894 aperto presso l'Agenzia di Dogana” assieme alla figlia sig.ra Marina Mariotti.

Si è opposto il procuratore della convenute Giovanardi e dell'intervenuta Mariotti eccependo che nel verbale di sequestro è stato dichiarato che “non risulta posizione di deposito amministrato intestato alla signora Giovanardi Rita”.

Il procuratore dell'attore ha richiesto di ascoltare come testimone un funzionario della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino. Il testimone é stato ammesso con decreto 5 marzo 1992 e, durante l'interrogatorio, invocando il segreto bancario, ha dichiarato di voler essere esonerato dalla testimonianza. Il procuratore dell'attore ha invece insistito sulla richiesta invitando lo stesso testimone a rispondere sui capitoli di prova.

Stante la pregiudizialità della questione incidentalmente sollevata durante l'interrogatorio del testimone, ritenuto che tale questione può essere decisa soltanto con

sentenza, è stato disposto che il verbale venisse notificato al legale rappresentante della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino per l'evidente interesse a stare in giudizio, accordando alla stessa congruo termine per eventuali deduzioni o costituzioni, decorso il quale si è subito aperto il termine ad allegare.

All'udienza del 21 maggio 1992 la Cassa di Risparmio si è costituita in giudizio. Ha preliminarmente eccepito di costituirsi "a seguito e per gli effetti dell'ordine di notifica contenuto nel provvedimento", ma che comunque la specifica materia del contendere non la riguarda direttamente, onde la sua costituzione è limitata soltanto alla questione incidentale sul segreto bancario.

Aperto il termine di prova l'intervenuta in causa Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino ha ribadito che comunque "non è coinvolta in causa" e che ai fini probatori riteneva sufficiente la documentazione in atti.

Aperto il termine ad allegare la causa è stata posta *pro servato* e trattenuta per la decisione.

Il procuratore dell'attore nelle finali allegazioni in diritto ha così concluso: "voler pronunciarsi in via preliminare ed incidentale sulla eccezione sollevata dalla Cassa di Risparmio di San Marino e dalla parte convenuta, in merito alla esistenza o meno del segreto d'ufficio nel caso in oggetto; ordinarsi alla Cassa di Risparmio di San Marino, tramite il proprio funzionario, di dare risposta esatta ed esauriente alle domande poste con comparsa 27 febbraio 1992 al Rag. Pier Marino Baccocchi e di mettere a disposizione del Curatore Ettore Trippitelli le somme, i titoli e i documenti attinenti alla sig.ra Giovanardi Rita, quale socia fallita della s.n.c. Ombrellificio MA RI. Spese ed onorari di questa fase dibattimentale a carico della Cassa di Risparmio di San Marino".

Il procuratore della convenuta Rita Giovanardi e della intervenuta in causa Marina Mariotti nelle finali allegazioni in diritto ha così concluso: "voglia dichiarare tenuto al rispetto del segreto bancario il Rag. Pier Marino Baccocchi e la Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino e pertanto revocare il decreto 5 marzo 1992, il tutto con vittoria di spese che si chiede di porre a carico della parte attrice".

Il procuratore dell'intervenuta in causa Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino nelle finali allegazioni in diritto ha così concluso: "voler dichiarare l'inammissibilità della prova testimoniale ammessa con decreto 5 marzo 1992 per rispetto della norma sul segreto bancario sancita dall'art. 24 della Legge 12 febbraio 1986, n. 21, con condanna della parte attrice al pagamento delle spese degli onorari tutti relativi alla presente fase del giudizio".

## DIRITTO

**1) L'art 24 della Legge 12 febbraio 1986, n. 21, più nota come Legge bancaria, al suo primo comma espressamente recita: "le notizie e i dati acquisiti nell'esercizio dell'attività bancaria sono coperti dal segreto bancario, che vincola tutti gli amministratori ed i dipendenti della banca, di qualsiasi ordine e grado".**

Lo stesso art. 24 al secondo comma invece recita: "Salvo il caso di violazione di norme penali, l'autorità che riceve le informazioni può servirsene soltanto per l'esame delle condizioni di accesso alle banche, per facilitare il controllo della liquidità e della solvibilità di tali enti e delle condizioni di esercizio dell'attività, e per verificare l'eventuale violazione alla presente legge tali da implicare la revoca dell'autorizzazione".

Il terzo comma è invece norma di rinvio, perchè stabilisce che “a tutela del segreto bancario s’applica, anche con riguardo al comma che precede, l’ultimo comma dell’art. 23”. In altre parole è stabilito che “gli atti dell’eventuale procedimento giudiziario saranno mantenuti rigorosamente riservati”.

2) Eccepiscono la convenuta e le due intervenute in causa, riportando alla lettera il testo della legge, che il “segreto vincola tutti gli amministratori ed i dipendenti della banca di ogni ordine e grado” e che pertanto il segreto bancario sarebbe stato utilmente opposto dal testimone nella sua qualità di funzionario della Banca alla quale si richiedevano notizie e dati da parte dell’attore.

Nelle memorie difensive della convenuta Giovanardi e della intervenuta Mariotti si sono addirittura richiamate le disposizioni dettate dal vigente Codice Penale - gli art.li 191, 192, 193 - circa l’inviolabilità dei segreti. Sulla pertinenza di una tale allegazione con la questione dibattuta, si ritiene di dover manifestare molte perplessità e fin da ora sembra opportuno sollevare forti dubbi sulla loro applicabilità al caso sollevato dall’attore nel richiedere quella prova testimoniale. Va da sé che nell’ordinamento sammarinese il segreto derivante dalla conoscenza di documenti, dall’esercizio di un ufficio o dalla professione, siano tutelati penalmente: sul piano civilistico poi, nelle stesse circostanze descritte dalle allegatte fattispecie penali, l’obbligo alla riservatezza impegna comunque positivamente il dipendente di una azienda - nel caso la banca - anche se non trovasse, come invece trova, una tutela penale.

Ma prima della applicazione delle fattispecie penali bisognerà sempre chiarire bene se l’attore è o no legittimato a richiedere quelle notizie e quei dati al testimone, che invece, appellandosi al segreto bancario, ritiene di non dover rispondere, opponendo la sua qualificazione professionale. In altre parole bisogna in primo luogo accertare se le notizie e i dati richiesti integrino o no gli estremi del segreto bancario. E in particolare deve accertarsi se quanto richiesto costituisce un segreto bancario in relazione alla posizione che viene ad assumere l’attore, che promuove il giudizio come curatore del fallimento di uno dei due titolari del conto corrente aperto presso la banca. Perchè in caso positivo l’eccezione del funzionario di banca è validamente opposta, e se non fosse stata sollevata il suo comportamento avrebbe integrato gli estremi dei misfatti e del delitto previsti e puniti dagli allegati articoli del Codice Penale. Ma l’eccezione può anche essere ritenuta non accettabile, e quindi non opponibile, perchè chi ha presentato la richiesta di notizie e dati, nel nostro caso l’attore, è invece pienamente legittimato a porla, in quanto è lui che vanta un interesse giuridicamente protetto da segreto, avendo lui un rapporto diretto con il banchiere, essendo stato sostituito *ex lege* alla persona fisica della cliente della banca, ormai dichiarata fallita. In altre parole non siamo in presenza di un segreto bancario protetto, poichè per disposizione di legge nell’attore deve ravvisarsi il titolare dei rapporti attivi e passivi previsti dal rapporto di conto corrente con la banca e quindi dei rapporti già appartenuti al fallito nei confronti della stessa banca.

3) A sostegno dell’eccezione della convenuta e delle due intervenute in causa, viene anche allegata una recente importante decisione in materia di segreto bancario, nella quale si afferma che **“il soggetto tutelato dal segreto bancario è dunque il cliente, nei confronti del quale la banca assume l’obbligo di non rivelare ad altri tutto ciò che nel proposito di chi si affida alla banca è destinato a rimanere segreto”** (Sentenza del Commissario della Legge del 1 giugno 1990 nella causa civile ordinaria n. 197 dell’anno 1989).

Si deve preliminarmente respingere la primitiva eccezione, sollevata al momento della costituzione dalla convenuta Giovanardi e dalla intervenuta Mariotti dal loro comune procuratore. Secondo le normali conoscenze di prassi bancaria, le contabili depositate dall'attore negli atti di causa documentano, senza ombra di dubbi, che la convenuta e l'intervenuta - madre e figlia - sono entrambe titolari del conto corrente 000894 aperto presso l'Agenzia di Dogana della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino. In proposito non è stata fornita alcuna prova contraria nell'interesse della convenuta Giovanardi, né tanto meno della intervenuta Mariotti. Anzi l'intervenuta banca, nella comparsa del 4 giugno 1992, ha formalmente ritenuto, che per decidere la questione incidentale, erano "sufficienti i documenti allegati agli atti" di causa.

Nella persona della convenuta sig.ra Rita Giovanardi deve quindi individuarsi una delle due titolari del conto corrente, che conseguentemente ne avrà la disponibilità riconosciutagli dai termini contrattuali sottoscritti con la banca. L'attore, in ragione del suo ufficio, ritiene, non di potere, bensì di dovere conoscere tali termini contrattuali, nell'interesse dei creditori, che hanno chiesto ed ottenuto la dichiarazione di fallimento, ormai resa esecutiva nel territorio della Repubblica. Solo a tal fine può essere ammessa la testimonianza del funzionario della banca, ritenendosi l'attore legittimato ad avere quei dati e quelle notizie, che comunque avrebbe potuto conoscere anche attraverso altri mezzi processuali, proprio perché si è sostituito *ex lege* alla convenuta Giovanardi, ormai dichiarata fallita. Se è vero che al curatore fanno capo i rapporti attivi e passivi della medesima convenuta, è quindi vero che a lui fanno capo anche quelli relativi al conto corrente n. 000894 aperto presso l'Agenzia di Dogana.

Il rapporto di solidarietà attiva che lega le due titolari del conto corrente consente al curatore del fallimento di sostituirsi *in toto* nel rapporto con la banca.

Tali conclusioni non contraddicono affatto la decisione allegata nelle memorie difensive dalla intervenuta banca, quando vi si afferma che "vale la pena di aggiungere che il segreto bancario non può essere validamente opposto dal banchiere nemmeno quando questi sia chiamato a testimoniare in un processo civile, che si svolge tra il cliente della banca ed un terzo, sempre che il cliente abbia acconsentito, implicitamente o esplicitamente, alla rivelazione dei fatti e delle notizie tutelate dal segreto" (Sentenza del Commissario della Legge del 1 giugno 1990 nella causa civile ordinaria n. 197 dell'anno 1989).

**Il caso di specie non riguarda un cliente e un terzo, perchè l'attore, nella sua qualifica di curatore del fallimento della convenuta, non è terzo - né tanto meno un "estraneo", come eccepiscono anche le intervenute in causa - ma è lo stesso "cliente", se per cliente si deve intendere il titolare del rapporto con la banca, il titolare di quella "situazione di interesse di cui si chiede la tutela [...], quella del cliente della banca, che non vuole vedere divulgati i fatti ed i dati relativi al suo rapporto con il banchiere"** (Sentenza del Commissario della Legge del 1 giugno 1990 nella causa civile ordinaria n. 197 dell'anno 1989).

A parte il fatto che non si può impedire all'interessato "l'esame delle condizioni di accesso alle banche", previste proprio dal secondo comma dell'art. 24, sarebbe poi davvero assurdo che la banca, trincerandosi del tutto genericamente e arbitrariamente dietro il segreto bancario, fosse così legittimata a non rivelare neppure le singole situazioni ai suoi stessi clienti, cioè ai soggetti tutelati dallo stesso segreto bancario.

E' stato infatti già deciso che **"il soggetto tutelato dal segreto bancario è dunque il cliente, nei confronti del quale la banca assume l'obbligo di non rivelare ad altri**

**tutto ciò che nel proposito di chi si affida alla banca è destinato a rimanere segreto”** (Sentenza del Commissario della Legge del 1 giugno 1990 nella causa civile ordinaria n. 197 dell’anno 1989).

4) Risulta dagli atti di causa che con pronuncia del Commissario della Legge del 17 luglio 1991 è stata resa esecutiva nel territorio della Repubblica la sentenza avente per oggetto la dichiarazione di fallimento anche di Rita Giovanardi, oggi costituitasi convenuta nel giudizio di convalida di sequestro di beni mobili. L’attore con quella sentenza é già stato chiamato a svolgere l’ufficio di curatore fallimentare.

Nel giudizio di delibazione é stato ritenuto che ricorrevano tutti gli estremi formali e sostanziali per concedere l’esecutorietà nel territorio della Repubblica al giudicato, con il quale la convenuta è stata dichiarata fallita e l’attore nominato curatore del fallimento.

La legge 15 novembre 1917, n. 17 prevedendo l’istituto del concorso dei creditori, conformemente all’interpretazione datane alla luce dei principi del diritto comune, qui vigente, prevede nell’Ordinamento Sammarinese una procedura concorsuale di liquidazione dei beni del debitore in tutto analoga al fallimento previsto dall’ordinamento italiano.

**Se si dovesse ritenere che la banca può opporre il segreto bancario a tutti quegli atti, che nel concorso dei creditori si aprono in applicazione dell’art. 11 della suddetta Legge 15 novembre 1917, n. 17, le procedure concorsuali subirebbero limitazioni tali da pregiudicarne molti loro effetti. In forza di legge si costruirebbe così una protezione allo stato di insolvenza artificiosamente e fraudolentemente posto in essere dal debitore e sarebbero gravemente pregiudicate le ragioni dei creditori, che hanno chiesto la procedura di liquidazione unica e generale in forza dall’art. 10 della suddetta legge. Si impedirebbe non solo quella attività di liquidazione giudiziale dei beni del debitore, che nell’ordinamento sammarinese è svolta officiosamente dal Procuratore del Concorso, ma si consentirebbe anche di sottrarre “al credito onesto e prudente le sue garanzie”** (cfr.L. Bolaffio, Relazione alla Legge 15 novembre 1917 sulla cessione dei beni ai creditori, sul concordato e sul concorso dei creditori, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964, p. 251).

**Tutti gli atti processuali, finalizzati alla liquidazione unica e generale dei beni del debitore, sono posti in essere dall’ufficio del Procuratore del Concorso che, in tale veste, è sicuramente legittimato a richiedere e ricevere tutte le notizie e i dati sulle posizioni bancarie del debitore, che subisce la procedura di concorso dei creditori.** Si deve aggiungere poi che di queste posizioni patrimoniali il curatore è in grado di provare l’esistenza attraverso il legittimo possesso delle scritture contabili del debitore. Nel caso di specie questa non è circostanza trascurabile, perchè il curatore conosce già l’esistenza della posizione bancaria della fallita, chiede soltanto, e a pieno diritto, notizie e dati per dar corso alla liquidazione giudiziale dei beni del debitore.

**La giurisprudenza sammarinese ha da tempo riconosciuto che “il provvedimento sammarinese che apre il giudiziale concorso tra i creditori una volta che, dalla competente autorità giudiziaria italiana, sia stato dichiarato esecutivo, produce in Italia tutti gli effetti che, a detto provvedimento, sono annessi secondo la legge di San Marino”:** a fondamento di una tale decisione si può invocare solo il principio di reciprocità tra i due ordinamenti, cui si accede in forza degli accordi accettati in forma bilaterale dalla convenzione di amicizia e buon vicinato vigente tra i due stati.

Ma la stessa decisione stabilisce principi molto più impegnativi in materia, che anche allegati da soli si ritengono decisivi per il caso di specie, allorché afferma che “la

**legge del paese che ha dichiarato il concorso (fallimento) regola: 1) la procedura fallimentare; 2°) le azioni, qualunque esse siano, che ne derivano; 3) la competenza del Tribunale fallimentare per detta procedura o per dette azioni** (cosiddetta competenza per assorbimento)” (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 27 ottobre 1962 nella causa n. 173 dell’anno 1953, in *Giurisprudenza Sammarinese*, dell’anno 1953, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1955, p. 219).

Orbene se la sentenza dichiarativa del fallimento contro la convenuta sig.ra Rita Giovanardi è stata deliberata e quindi resa esecutiva nel territorio della Repubblica, in applicazione dei suddetti principi proclamati dalla giurisprudenza sammarinese, l’attore, curatore del fallimento, è legittimato a richiedere al funzionario della banca tutte le notizie e i dati che riguardano il rapporto che la convenuta, ormai fallita, ha intrattenuto con la banca stessa. E ciò in ragione del fatto che il curatore del fallimento si sostituisce, nell’interesse dei creditori, nei rapporti attivi e passivi del debitore. E’ quasi superfluo aggiungere che a proporre l’azione il curatore del fallimento é stato anche autorizzato.

Il funzionario, chiamato a testimoniare, non viola alcun segreto bancario previsto dall’art. 24 della Legge 12 febbraio 1986, n. 21, riferendo allo stesso cliente - nel caso il curatore del fallimento - notizie e dati che lo riguardano direttamente, cioè tutte quelle situazioni che intrattiene o che ha già intrattenuto con la banca.

5) Si deve invece accogliere l’eccezione della intervenuta Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino quando afferma che i suoi interessi in causa investono soltanto la questione incidentale, che riguarda l’applicabilità del segreto bancario alla testimonianza di un suo funzionario e la sua conseguente pronuncia.

Nonostante le conclusioni formulate, che non possono venire accolte, il suo intervento in causa è *ad adiuvandum* e non può ritenersi litigioso, perchè processualmente discende dalla istanza di accertamento di una sicura norma di comportamento, in una situazione particolarmente delicata, quale è quella che deriva dall’applicazione del segreto bancario ad un rapporto di cui è titolare un fallito, o se si vuole un debitore sottoposto a procedura concorsuale.

Si deve riconoscere che nei confronti del rapporto principale tra attore - il curatore del fallimento - e la convenuta - la fallita - dedotto in causa, l’intervenuta Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino non vanta alcun interesse.

Ben diversa è invece la posizione processuale dell’altra intervenuta, la figlia della convenuta, la sig.ra Marina Mariotti, che vanta interessi in causa, perlomeno allo stato degli atti in cui é stata resa questa incidentale pronuncia.

L’incertezza del caso legittima pertanto la compensazione delle spese solo nei confronti della intervenuta in causa Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino. Le restanti spese ed onorari della presente pronuncia devono essere poste a carico solidalmente della convenuta Rita Giovanardi, fallita, e della intervenuta in causa sig.ra Marina Mariotti.

## 97.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 22 giugno 1993.

Moscioni Eva ed altri (Avv.ti G.L. e G.N. Berti) : Massari Marino ed altri (Avv. L. Bacciocchi) – Causa n. 100, anno 1993.

**Denuncia di nuova opera.**

*La denuncia di nuova opera ha lo scopo e l'effetto di tutelare il godimento di diritto o di fatto, cioè una situazione di possesso, mediante la sospensione di un'opera iniziata da altri, dalla cui esecuzione il denunciante abbia ragione di temere che possa derivargli un danno.*

---

(omissis)

**98.**

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 23 giugno 1993.

S.A. Titanbonifica Ecologica (Avv. A.S. Belluzzi) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv.ti L. Daniele e G.B. Busignani) – Causa n. 54, anno 1989.

**Imposta Bene strumentale – Attività aziendale – Qualificazione.**

*I beni da considerarsi strumentali, sottoposti perciò ad agevolazione tributaria, sono quelli che si pongono in diretta relazione all'esercizio dell'attività dell'azienda.*

---

**FATTO**

(omissis)

**DIRITTO**

(omissis)

2) Eccepisce la convenuta Ecc.ma Camera che le norme del decreto 24 marzo 1987, n. 86, riconoscono l'applicazione della aliquota agevolata soltanto per i beni che vengono utilizzati direttamente dagli importatori.

L'art. 1 dell'allegato decreto riconosce l'applicabilità dell'imposta agevolata sui "beni materiali ed immateriali direttamente strumentali per l'esercizio delle attività industriali, artigianali, commerciali, professionali e agricole".

Replica l'attrice che nelle norme successive del decreto non è stata prevista l'espressa condizione che, per fruire della aliquota ridotta, il bene strumentale debba essere utilizzato direttamente dall'importatore.

Il secondo comma dell'art. 6 del contestato decreto individua semmai la nozione di cessione del bene ovvero la nozione di utilizzo "per finalità diverse dalla originaria destinazione", come le uniche circostanze legittimamente rilevanti per disporre la revoca dell'agevolazione.



Va da sé che anche le “finalità diverse dalla originaria destinazione” devono essere strettamente interpretate, e possono essere individuate solamente in un rapporto per il quale il bene diventa strumento “per l’esercizio della attività” dell’azienda stessa, e quindi per la produzione di un reddito, che è anche il fine ultimo che persegue l’azienda. In questo senso deve essere presa in considerazione la funzione alla quale il bene è stato destinato.

Nel caso di specie poi i beni contestati dalla convenuta non avevano neppure il permesso di circolazione per poter essere usati, tanto che quasi tutti i tormentati provvedimenti hanno avuto un tale oggetto.

**3) I beni da considerarsi strumentali e perciò sottoposti ad agevolazione tributaria, come stabilisce l’art. 1 del Decreto 24 marzo 1987, n. 46, sono dunque quelli che si pongono in diretta relazione “all’esercizio delle attività” dell’azienda.**

**Trattandosi di società anonima per qualificare l’attività della attrice è stato allegato in atti l’oggetto sociale. E ai soli fini di causa è giuridicamente rilevante dare atto che “la società ha per oggetto: bonifiche ecologiche svolte in qualunque forma e di qualunque genere; pulizie industriali e civili per la tutela dell’ambiente, compresa l’attività connessa di trasporto e di collocazione dei materiali di rifiuto di qualunque genere derivanti da lavorazioni o trasformazioni industriali in genere”.**

**Trattandosi di applicare l’aliquota agevolata all’acquisto di beni costituiti da autoveicoli aventi speciali funzioni, fabbricati inoltre soltanto per l’uso indicato nell’oggetto sociale ora riportato, si deve preliminarmente ritenere, che i beni acquistati e costituenti il contestato secondo elenco, i soli per cui ormai é causa, siano in una relazione diretta all’esercizio dell’attività della azienda. E’ da questo primo punto di vista che é necessario affermare che tali beni sono da ritenersi strumentali.**

Anzi, sempre da questo punto di vista, l’eccezione della convenuta Ecc.ma Camera non trova sufficiente fondamento, quando sostiene che è nei poteri discrezionali della Segreteria per le Finanze determinare “il numero ed il tipo di veicoli, commisurati all’attività per la quale sono stati acquistati”, in applicazione dell’ultimo capoverso posto in calce alla “tabella veicoli strumentali”, allegata al Decreto 24 marzo 1987, n. 46.

Onde evitare fraintendimenti é bene intendersi che in questa sede nessuno vuole negare che la Segreteria di Stato abbia per legge tali poteri discrezionali, riconosciuti da una norma posta a chiusura della tabella; è esatto invece dire che si ritiene che tali poteri non possano trovare applicazione al caso in questione. La discrezionalità, attribuita ad un tale alto Ufficio dello Stato, non può essere invocata nei confronti della attrice, perché i beni strumentali sui quali la stessa attrice chiede le agevolazioni, non possono considerarsi dei veicoli veri e propri e per l’acquisto dei quali esiste una particolare disciplina, e neppure possono essere equiparati a quelli normalmente circolanti. Soprattutto non si collocano nelle categorie dei veicoli elencati nella tabella, neppure interpretandoli in via estensiva, considerato che ivi sono elencati anche i trattori stradali e la trattoria agricola.

Siamo in presenza di veicoli che sono da ritenersi strumentali non in relazione alle singole categorie degli utilizzatori riportate nella suddetta tabella, ma per il loro carattere di assoluta specialità nella destinazione loro necessariamente attribuita, che li equipara a delle vere e proprie macchine semoventi - carrello elevatore, autospazzatrice, minicompattatore - non a degli autoveicoli da utilizzarsi strumentalmente dagli imprenditori. Valga soltanto la pena indicare che nella suddetta tabella non sono elencati,

tanto per fare un esempio, i carrelli elevatori, per i quali deve ritenersi che esiste un diverso e particolare regime di acquisto.

Ad un tale rilievo non si può opporre che l'elenco é solo esemplificativo e non può ritenersi tassativo, perché la specialità del singolo mezzo, acquistato dall'attrice, é esaltata dalla sua specificità di utilizzo e di destinazione, che non consente, se non con qualche sforzo, di collocarlo nella categoria degli autoveicoli, ai quali va invece attribuito un valore strumentale in forza della tabella, perché qui espressamente voluto ed indicato.

Il rapporto nel quale si colloca l'attrice e il bene strumentale acquistato e la tabella, é lo stesso nel quale si colloca il trasportatore e il suo mezzo di trasporto, sapientemente ignorato dalla tabella e che perciò in quell'elenco cercheremo invano, perché è invece considerato lo strumento principale di lavoro.

Incidere sul bene avente una tale natura potrebbe anche avere il significato di incidere sulla natura e sulle proporzioni dell'iniziativa economica promossa dall'attrice, che a sensi del primo capoverso del primo comma dell'art. 10 della Legge 8 luglio 1974, n. 59, deve invece essere garantita. Soprattutto la tabella in questione non costituisce, nei confronti di un bene utilizzato in forme così specifiche - é lo strumento della attività, del lavoro - quel limite consentito alla legge a tutela dell' interesse pubblico dalla tabella stessa. Solo in questo caso il limite è legittimamente posto all' iniziativa economica privata, perché é posto in forza del secondo capoverso del primo comma dello stesso art. 10.

Per concludere sul punto solo un ultimo rilievo che è di natura formale e quindi non può essere trascurato, perché garantisce tutte le parti in causa. Stabilisce l'ultimo capoverso della tabella che la determinazione della Segreteria di Stato per le Finanze "terrà conto del parere espresso da una Commissione Amministrativa nominata dal Congresso di Stato". Nella deliberazione n. 54 del 17 ottobre 1988 già ricordata, non si fa parola alcuna della suddetta Commissione, ma il voto è espresso dal solo Congresso di Stato. Anche se il parere prescritto si dovesse ritenere solo consultivo - la forma vuole che se ne tenga conto, e pertanto sembrerebbe anche vincolante - ai fini formali deve essere comunque necessariamente richiesto.

4) Sempre restando nell'ambito dell'esame dell'oggetto sociale si vuole fare osservare che all'attrice è stato riconosciuto di poter "assumere ovunque gestioni rappresentanze, amministrazioni, interessenze e partecipazioni di altre società, imprese, ditte e cooperative aventi scopo affine o comunque interessanti la società". Poi successivamente si precisano anche i limiti territoriali delle attività della società attrice, purché "il tutto sia nella Repubblica di San Marino che all'estero".

Dagli atti di causa emerge prova che i beni siano stati dati in "noleggio" ad azienda italiana.

In ragione della lettura dell'oggetto sociale è consentita anche una tale forma di utilizzazione da parte dell'attrice dei beni costituenti l'azienda stessa, dovendosi concludere nei suoi confronti che non è esatto affermare che tali beni, come dice il decreto, così siano stati "ceduti o utilizzati per finalità diverse dalla loro originaria destinazione".

Si deve perciò accogliere quanto ha replicato l'attrice, che è il godimento del bene strumentale da parte dell' azienda titolare, che ne giustifica un tale utilizzo e non ne altera in alcun modo l'originaria destinazione. Un semplice contratto di "noleggio", peraltro non altrimenti qualificato in atti, non può integrare gli estremi della "cessione",

che costituisce l'altra condizione richiesta dal secondo comma dell'art. 6 del Decreto 24 marzo 1947, n. 46, per esercitare la revoca dei benefici accordati ai beni strumentali. La difficoltà del tema e i peculiari aspetti processuali della vicenda soprattutto in ragione delle opposizioni presentate dalla convenuta consentono di compensare le spese e gli onorari di causa tra le parti.

## 99.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 8 luglio 1993.

Ditta Paganelli Rosa (Avv. G. Giardi) : Ditta Alfa Lum (Avv. P.L. Bacciocchi) – Causa n. 273, anno 1990.

### **Contratto di agenzia – Mandato – Agente – Responsabilità – Recesso unilaterale.**

*Il contratto di agenzia è riconducibile allo schema del mandato, anche in considerazione dello spiccato carattere fiduciario dello stesso.*

*L'agente, in quanto mandatario, deve svolgere la propria attività nell'interesse del preponente, usando la diligenza del padre di famiglia diligentissimo, dovendo, in caso contrario, risarcire i danni arrecati al mandante.*

*E' sancita la libertà di recesso, senza obbligo di preavviso. La giusta causa esonera il recedente da obblighi risarcitori, ferma restando l'efficacia estintiva del recesso, pur in difetto di giusta causa.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 15 ottobre 1990 la ditta Paganelli Rosa, in persona dell'omonima legale rappresentante ha convenuto avanti a questo Tribunale la Ditta Alfa Lum in persona del suo legale rappresentante pro tempore per sentirla condannare al pagamento "delle seguenti somme: - provvigioni di cui al conteggio n. 18/9 del 30.12.1989 di importo pari a L. 954.060; - provvigioni di cui alle commesse n. 362/0073/0074/0075 e 0076, pari a L. 393.525; - risarcimento danni per l'inattività alla quale la ditta Paganelli è stata costretta dall'ingiustificato recesso della ditta mandante, calcolato, per un periodo pari a 10 mesi circa (Febbraio/Dicembre 1990), sul reddito conseguito dalla Paganelli per la stessa attività esercitata nell'anno 1989, pari a L. 9.367.500; - danni morali in conseguenza della lesione all'immagine sociale della ditta Paganelli, la cui valutazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice. Con gli interessi legali dalla data di comunicazione della disdetta contrattuale al saldo effettivo, la rivalutazione monetaria, le spese, i diritti e gli onorari di causa".

Esponesse l'attrice di avere stipulato in data 6 dicembre 1988 un contratto di rappresentanza con la ditta Alfa Lum, in persona del titolare Michael Bruschi, in forza del quale veniva nominata "rappresentante ed agente depositaria di tutti i prodotti Alfa Lum di Bruschi Michael con il compito di procacciare, promuovere e concludere affari nella zona di Macerata e provincia alle condizioni di consegna, di pagamento ed al

prezzo stabiliti dalla ditta mandante”. Con lettera raccomandata del 31 gennaio 1990 la ditta convenuta comunicava ad essa attrice la formale disdetta del contratto di rappresentanza “senza addurre alcuna motivazione giustificativa del provvedimento adottato”, diffidandola “a contattare nuovi clienti e stipulare contratti in nome e per conto della Alfa Lum” ed invitandola “ad eliminare le insegne ed i distintivi riportanti il marchio della ditta” Alfa Lum.

Con lettera raccomandata in data 7 febbraio 1990 la ditta attrice contestava la validità della disdetta “in quanto produttiva di effetti giuridici a partire soltanto dal 7 dicembre 1990” e si riservava “di richiedere le spettanze dovute dalla ditta mandante ed il risarcimento per i danni subiti a causa del mancato invio di copie commissioni più volte richieste”.

La Ditta convenuta con lettera raccomandata in data 22 febbraio 1990 a mezzo del proprio legale “specificava che la disdetta si era resa necessaria per l’inadempimento della ditta Paganelli a corrispondere gli importi delle commissioni di cui al conteggio n. 18/9 del 30.12.1989, pari a L. 4.808.462 complessive”. Essa attrice negava ogni addebito poiché “da un lato, a molti clienti tra quelli elencati nel conteggio n. 18/9 non erano ancora stati montati gli infissi e pertanto la ditta Paganelli non aveva titolo a riscuotere gli importi delle fatture poiché la prestazione contrattuale non risultava ancora evasa, d’altro canto, per i pochi clienti ai quali gli infissi erano stati predisposti la rappresentante mandataria correttamente si asteneva dal richiedere i dovuti pagamenti, viste e considerate le perentorie disposizioni della Alfa Lum”.

Successivamente la ditta convenuta “stipulato il verbale di chiusura con la Paganelli, ha fornito in seguito i clienti sprovvisti di infissi ed ha provveduto a riscuotere i proventi di sua spettanza”, riconoscendo alla ditta attrice le provvigioni spettanti.

Di conseguenza, lamenta l’attrice che l’inadempimento contrattuale è da attribuirsi alla ditta convenuta, dalla quale reclama il risarcimento dei danni ad essa derivanti, e consistenti “nel mancato guadagno dal ricevimento della disdetta contrattuale fino alla giusta scadenza (31.12.1990)” nonchè nel pregiudizio della sua immagine sociale.

All’udienza fissata per la seconda citazione, non essendo avvenuta la notificazione della prima a mani proprie, si costituiva la convenuta a mezzo procuratore, il quale, nel concesso termine statutario per rispondere ed eccepire avanzava citazione in opposizione ed in via riconvenzionale della ditta attrice, per sentirla “condannare al pagamento in favore della Ditta Alfa Lum di Michael Bruschi della somma di L. 3.943.000= [...] oltre interessi e danni da svalutazione”

Sosteneva essa convenuta che la disdetta era ampiamente motivata “stante l’inadempimento della stessa a curare gli incassi e corrispondere gli importi di cui alle commesse n.i 362.00041-00043-00067-0068-00069 per un totale di L. 3.943.000= che risultano essere state pagate dai clienti”.

Con decreto del Commissario della Legge Dirigente in data 2 agosto 1991, vista l’emanazione del Decreto Reggenziale del 17 luglio 1991, con il quale veniva elevata la competenza per valore del Giudice Conciliatore, il presente fascicolo era trasmesso per competenza al predetto Giudice. In conseguenza dell’eccezione sull’entità indeterminata del *petitum* sollevata dalla procura attrice con comparsa in data 5 settembre 1991, lo stesso Commissario della Legge Dirigente rimetteva il presente fascicolo a questo Giudice con decreto in data 18 settembre 1991.

Nel corso dei rituali termini di prova sono stati prodotti in atti, da entrambe le procure, documenti, nonché ammessi testi, alcuni dei quali escussi in via rogatoria ai sensi

dell'art. 10 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato tra San Marino e Italia. Veniva altresì ammesso, con decreto in data 25 settembre 1992, il giudiziale contraddittorio fra le parti in causa, che non poteva essere esperito in quanto all'udienza fissata non compariva la parte convenuta, onde la parte attrice è stata ammessa a rendere liberamente le dichiarazioni del caso.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All'udienza del 6 maggio 1993 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo veniva posto in *pro servato*.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso chiedendo "l'accoglimento delle conclusioni così come formulate in citazione".

La procura convenuta, e attrice in via riconvenzionale, ha, invece, concluso chiedendo che "respinta la pretesa attorea, in quanto destituita da ogni giuridico fondamento, condannare la Ditta Paganelli Rosa al pagamento, in favore della Ditta Alfa Lum, delle somme illegittimamente trattenute, pari a L. 3.943.000=, come risulta da conteggio n. 18/9 del 30/12/1989 e successive precisazioni, oltre interessi, e danno da svalutazione, a far data dal 31/1/90; il tutto con vittoria di spese e competenze del presente giudizio che si indica liquidare in lire 3.000.000=".

## DIRITTO

1. In via preliminare deve darsi atto della sussistenza della competenza di questa Autorità a decidere sulla domanda spiegata dalla attrice nonché sulla domanda avanzata in via riconvenzionale dalla convenuta.

Al riguardo si osserva che, ai sensi dell'art. 16 della legge 10 dicembre 1884 - Legge procedurale sulle controversie innanzi il Conciliatore - **"il valore della causa è determinato dalla domanda"**. Ciò significa che è l'attore, con l'atto introduttivo del giudizio, che determina il valore della controversia e, dunque, la competenza a conoscere della stessa. Il riferimento alla "domanda" significa riferimento al *petitum* in relazione alla *causa petendi*, come espresso nell'atto di citazione. Il *petitum* è, come noto, ciò che si chiede con la domanda, mentre la *causa petendi* è il diritto sostanziale affermato, in forza del quale viene richiesto il *petitum*, ed è individuabile nel fatto costitutivo del diritto, in correlazione, come nel caso in esame, col fatto lesivo di quel diritto.

Nella specie il *petitum* appare essere di valore indeterminato, in quanto viene tra l'altro richiesto il risarcimento di danni morali da liquidarsi secondo il prudente apprezzamento del Giudice. Di conseguenza tale controversia è stata correttamente introdotta avanti a questo Giudice.

Si rileva, inoltre, che, anche a prescindere dalle osservazioni sopra svolte - peraltro decisive - essendo tale causa introdotta con atto di citazione in data 15 ottobre 1990 ed essendo sopravvenuta la elevazione della competenza per valore del Giudice Conciliatore da 5milioni a 20 milioni con Decreto Reggenziale in data 17 luglio 1991, troverebbe comunque applicazione, l'art. 4 della legge 6 luglio 1984 n. 64, recante la "riforma dell'ufficio di Giudice Conciliatore", il quale espressamente disciplina l'ipotesi della elevazione della competenza per le cause pendenti, stabilendo: "le cause pendenti avanti al Commissario della Legge e rientranti nella competenza del Giudice Conciliatore, che non siano state ancora poste in *pro servato*, possono essere rimesse al Conciliatore medesimo con Decreto del Commissario". Tale disposizione pone in

evidenza il fatto che per le cause pendenti al momento della emanazione del decreto Reggenziale di modifica della competenza per valore del Giudice Conciliatore, permane la competenza del Commissario della Legge a deciderle, essendo allo stesso attribuita solo la facoltà di rimetterle al Giudice Conciliatore e non un obbligo (“*possono essere rimesse al Conciliatore*”).

2. Sempre in via preliminare deve essere rilevato che la domanda riconvenzionale è stata ritualmente avanzata.

La giurisprudenza sammarinese ha stabilito che **la domanda riconvenzionale può essere avanzata nel corso della causa, anche senza citazione solenne, purché a tempo debito e cioè in modo da far salvo il contraddittorio** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 18 agosto 1937, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 61), **ed altresì, che “la convenzione e la riconvenzione simul decidendae sint.** In via di eccezione [...] se la domanda principale è in istato di essere decisa e quella riconvenzionale è invece *multis ambagibus innodata* si debba spedire la prima e ritardare la seconda” (Sentenza del Commissario della Legge in data 27 maggio 1936, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 114 ss.). Tale ultimo assunto dagli autori del diritto comune è posto in correlazione al momento della presentazione della domanda riconvenzionale, per affermare che se questa è avanzata al momento della costituzione in giudizio, deve essere decisa insieme alla domanda principale (“sebbene sia più sano partito pel reo il fare la riconvenzione subito al primo entrar della lite, affinché entrambe le liti procedano di pari passo [...] talvolta nulla osta ch’essa venga fatta dappoi in qualsivoglia stato del processo: bene inteso però che in questo caso non va altrimenti decisa colla sentenza medesima anche la lite di riconvenzione”, J. VOET, *Commento alle Pandette*, ed. riveduta e corretta da L. Fortis, Lib. V, Tit. I, n. 80, Venezia, 1847, p. 754).

Nel caso di specie, come detto, la ditta convenuta ha tempestivamente proposto la domanda in riconvenzione nel corso del termine statutario per rispondere ed eccepire, sì che l’istruttoria della principale e della riconvenzionale è proceduta di pari passo, per cui le due domande devono essere decise con un’unica sentenza.

3. Passando all’esame del merito del presente giudizio, è da osservare che **tra le parti è stato concluso un contratto - prodotto in atti - denominato “di rappresentanza”, in forza del quale la ditta convenuta nominava la ditta attrice “quale rappresentante ed agente depositario di tutti i prodotti** <<ALFA LUM di Bruschi Michael>> [...] affinché per la zona “Città di Macerata e Provincia” così come delimitata da apposita piantina, abbia a procacciare, promuovere e concludere affari in nome e per conto” della ditta convenuta. Detto contratto si è risolto per effetto del recesso del preponente, avvenuto a seguito di un lamentato inadempimento della ditta attrice, la quale respinge, invece, ogni addebito, chiedendo il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell’illegittimo recesso.

L’indagine sulla legittimità del recesso e quindi la valutazione della sussistenza ed entità dell’inadempienza lamentata impone necessariamente la puntualizzazione della natura e disciplina applicabile nell’ordinamento sammarinese al contratto di agenzia, posto che la corretta individuazione degli obblighi dell’agente è propedeutica alla verifica delle ipotesi di responsabilità dello stesso.

4. *Con il contratto di agenzia l'agente assume stabilmente l'incarico di organizzare a proprio rischio ed in condizioni di autonomia rispetto al preponente la collocazione dei prodotti o dei servizi altrui in una zona determinata. Egli, di norma, promuove la conclusione di contratti, che saranno poi conclusi direttamente dal preponente. Quando*

*all'agente siano conferiti poteri rappresentativi, questi conclude direttamente i contratti in nome e per conto del preponente. Come corrispettivo dell'attività svolta, spetta all'agente il diritto alla provvigione sugli affari conclusi dal preponente.*

*Il contratto di agenzia risulta noto all'ordinamento sammarinese. L'art. 2 della legge 31 ottobre 1990 n. 125 - che disciplina l'attività svolta dagli intermediari commerciali, assoggettando la stessa a controlli di natura amministrativa - stabilisce infatti che l'agente di commercio "è la persona la quale, in qualità di intermediario indipendente, tramite contratto di agenzia assume stabilmente l'incarico di promuovere per conto di altri, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata", mentre il rappresentante di commercio "è l'agente al quale è stata conferita anche la rappresentanza per la conclusione del contratto". Da tali definizioni, in collegamento con l'art. 2 della legge 13 giugno 1990 n. 68, si evince che l'agente è un imprenditore che svolge una attività di intermediazione nella collocazione e distribuzione di beni e servizi.*

*Il carattere principale del rapporto di agenzia è l'autonomia dell'agente nello svolgimento della sua attività (ed in ciò si differenzia dal lavoratore subordinato), nonché l'assunzione in capo allo stesso del rischio del risultato utile della attività medesima, avendo egli diritto alla provvigione solo sugli affari conclusi.*

*Il contratto di agenzia, pur essendo previsto come tipo, non è regolato dallo ius proprium, onde occorre procedere alla qualificazione dello stesso al fine di individuarne la disciplina nello ius commune.*

*Essendo l'agente incaricato del compimento di una attività gestoria per conto del preponente, ancor più evidente nel caso attuale, ove si accompagna il conferimento del potere rappresentativo, tale contratto appare riconducibile allo schema del mandato, anche in considerazione dello spiccato carattere fiduciario dello stesso. L'agente svolge infatti una attività di natura continuativa nell'interesse e per conto del preponente che non si estrinseca in una opera o in un servizio, come avviene, invece, nella locatio operis. Ciò è altresì evidenziato dal fatto che, accanto alle obbligazioni principali si pongono obbligazioni di natura accessoria ma complementare, quali quelle di adempiere all'incarico in conformità alle istruzioni ricevute dal preponente, di fornirgli tutte le informazioni riguardanti le condizioni di mercato, la solvibilità dei clienti, eventuali ostacoli o impedimenti alla corretta esecuzione dell'incarico (cfr., in tal senso, le sentenze del Commissario della Legge in data 18 dicembre 1986, nella causa civile n. 59 dell'anno 1983, nonché in data 12 marzo 1976 nella causa civile n. 33 dell'anno 1973, in cui vengono analizzati i limiti al potere rappresentativo. Per la qualificazione del contratto di agenzia come locatio operis cfr. la sentenza del Commissario della Legge in data 26 aprile 1978 nella causa civile n. 157 dell'anno 1975). E d'altra parte, la dottrina non ha mancato di evidenziare che il contratto di rappresentanza commerciale, in quanto rapporto di collaborazione "stabile", storicamente è stato ricondotto nell'ambito del mandato (Cfr. P. ZANELLI, Storia e teoria del contratto di agenzia. Contributo allo studio dell'agenzia e dell'agente di commercio, in Studi Urbinati, 1963-64, p. 119, soprattutto p. 171).*

*La nozione attuale di mandato è il risultato di una lenta evoluzione, favorita nel periodo medievale dallo sviluppo dei traffici commerciali.*

*E' a tutti noto, infatti, che per il diritto romano il mandato è un contratto consensuale, in forza del quale una delle parti si obbliga a fare gratuitamente qualcosa di cui l'altra parte le dà l'incarico. Frequentemente l'attività a cui il mandatario si obbliga ha*

carattere giuridico (ad esempio, la conclusione di contratti di compravendita), ma può anche non averlo, e così vi sono dei casi in cui solo la gratuità distingue il mandato dalla locazione. L'aspetto peculiare del mandato romano è, appunto, la gratuità, di modo che qualunque mercede promessa al mandatario per eseguire l'incarico avrebbe convertito il negozio in una *locatio conductio* oppure in un contratto innominato (si veda D. 19, 5, 13: "Si tibi vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem: sed in factum, quasi alio negotio gesto: quia et mandata gratuita esse debent [...]").

Nel medioevo - come già detto - l'esercizio della mercatura condusse al superamento del principio della essenziale gratuità del mandato, onde tale schema contrattuale poté essere utilizzato in ogni caso in cui taluno, su espresso incarico dell'altra parte, compisse una attività gestoria nell'interesse e per conto altrui.

Le obbligazioni che, secondo il diritto comune, nascono dal mandato a carico del mandatario sono essenzialmente quelle di portare ad esecuzione l'incarico conferito e quella del rendiconto.

Il mandatario doveva osservare la forma mandati, vale a dire "il tenore stesso della convenzione, quale la volontà del mandante aveale formulata, con tutte le sue circostanze di tempo e di prezzo, senza aggiungervi o togliervi nulla, conformandovisi in tutto, eziandio coi mezzi indicati e colle qualità estrinseche fissate nel contratto" (SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, Torino, 1921, vol. III, p. 11), onde il mandatario che non vi avesse adempiuto sarebbe andato incontro a responsabilità ed il mandante avrebbe potuto non ratificarne l'opera. Nell'esecuzione dell'incarico il mandatario doveva usare, secondo la *communis opinio doctorum*, la diligenza del padre di famiglia diligentissimo. Si argomentava, in proposito da C. 4, 35, 13, il quale statuisce: "A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum prestandum esse, iuris auctoritate manifeste declaratur", nonchè da C. 4, 25, 21, a termini del quale "In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est: nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur: nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est". Ne consegue che il mandatario risponde, non solo per dolo o colpa grave, ma anche per colpa lieve, allorché l'incarico non sia eseguito regolarmente: l'azione di mandato tende "a costringere il mandatario a rifare il danno inferito con dolo o con colpa qualunque, eziandio levissima; pel motivo che gli affari altrui debbono essere condotti con esattezza, né si può non accagionare di colpa chi nello amministrarli abbia comunque peccato di negligenza o di omissione. [...] Laonde, richiedendo la natura del mandato la più esatta diligenza nel mandatario, e però essendosi il mandatario, colla semplice assunzione del mandato, obbligato a prestare tal diligenza, non adempie egli la data fede né adopera di buona fede, se commette la minima negligenza" (J. VOET, *Commento alle Pandette*, ed. con la volgarizzazione del dott. Leone Fortis, Venezia, 1855, Lib. XVII, tit. I, n. IX, p. 751).

Si tratta, ovviamente, di una obbligazione che oggi definiremmo di "mezzi" e non di "risultato". In altre parole, il mandatario deve, per andare esente da responsabilità, eseguire l'incarico conferitogli con diligenza, attenendosi alle istruzioni del mandante, ove vi siano, ovvero adoperandosi al meglio per la realizzazione dell'interesse del mandante. Non risponde, invece, quando si sia comportato diligentemente, del mancato



*conseguimento del risultato che il mandante si riprometteva di realizzare con il contratto di mandato.*

*Ed in effetti, con l'azione di mandato "domandasi che il mandatario eseguisca il mandato giusta il modo prescritto, od altrimenti sia tenuto al risarcimento del danno: e ciò tanto nel caso che non abbia in modo alcuno adempiuto al mandato da sé o per mezzo di un altro egualmente idoneo, cui poteva eleggere; quanto se abbia ecceduto i termini del mandato, sicché ne vada dell'interesse del mandante" (J. VOET, Commento alle Pandette, op. cit., Lib. XVII, tit. I, n. IX, p. 750).*

*L'agente, dunque, in quanto mandatario deve svolgere la sua attività nell'interesse del preponente usando la diligenza del padre di famiglia diligentissimo, dovendo, in caso contrario risarcire i danni arrecati al preponente mandante.*

*La dottrina annovera tra le cause di estinzione ex nunc del mandato la revoca del mandante, e la rinuncia del mandatario, che costituiscono due ipotesi di recesso unilaterale. Si tratta di casi di recesso ad nutum, nei quali la giusta causa rileva non come causa estintiva del rapporto, bensì quale esimente dell'obbligo di risarcire i danni cagionati: "il mandato cessa altresì per la revocazione del mandante, e parimente per la rinuncia del mandatario, quand'anche fosse stato aggiunto il patto d'irrevocabilità; ed in ambidue questi casi poi, se l'affare è tuttavia intatto, non avvii azione alcuna, mentre l'azione di mandato si diretta che contraria compete solo allora ed in quanto che abbiano incominciato ad esservi rapporti d'interesse in chi si fa ad esercitarla. Se l'affare non è integro, deesi rispondere del danno per avventura derivato dalla intempestiva rinuncia o revocazione; eccetto che per giuste cause il mandatario avesse rinunciato; quali sarebbero le inimicizie irreconciliabili, la inferma salute, l'assenza per causa di pubblico incarico ed altre siffatte; o tranne che ci fosse qualche motivo legittimo di revocare il mandato, nel qual caso anche il procuratore del padrone mandante ha il diritto di fare la revocazione" (J. VOET, Commento alle Pandette, lib. XVII, tit. I, n. XVII).*

*In definitiva, è sancita la libertà del recesso, senza obbligo di preavviso, e la giusta causa non costituisce di conseguenza elemento della fattispecie estintiva del rapporto, la cui mancanza pregiudica, perciò, la validità e l'efficacia dell'atto di recesso, ma serve semplicemente ad esonerare il recedente da obblighi risarcitori che altrimenti graverebbero sullo stesso, ferma restando in ogni caso l'efficacia estintiva del recesso pur in difetto della giusta causa.*

*Vale la pena osservare che per la sussistenza della giusta causa è necessaria la ricorrenza di fatti pregiudizievoli per il mandante, che non consentano la prosecuzione, nemmeno provvisoria o temporanea, del rapporto, ricollegabili ad inadempienze del mandatario ai suoi obblighi, non solo principali, ma anche complementari ed accessori.*

5. Nella specie, il diritto della ditta convenuta di recedere unilateralmente risulta riconosciuto dalla clausola n. 10 del contratto di agenzia: "E' data facoltà sin d'ora alla ditta Alfa Lum di Bruschi Michael di disdire il contratto di rappresentanza di cui al presente atto in qualsiasi momento e ciò anche prima quindi della decorrenza del termine sopra pattuito, nel caso di inadempienza da parte del rappresentante. Tale disdetta avrà efficacia a decorrere dal giorno di ricevimento della lettera raccomandata".

La decisione della presente controversia presuppone l'interpretazione di tale clausola conformemente alle regole generali dell'ermeneutica contrattuale.

E' noto che **la prima funzione dell'interpretazione contrattuale è quella di accertare ciò che è stato fatto dalle parti indagando sulla dichiarazione e sul rapporto di**

**questa con la volontà dei contraenti e con la situazione di fatto cui si riferiva. La ricerca della volontà intrinseca al negozio da interpretare non può tuttavia prescindere dall'affidamento della controparte.**

*Il diritto romano, in materia di interpretazione contrattuale, ha posto il principio che nelle convenzioni, più che fermarsi al tenore letterale delle parole, occorre indagare quale sia stata la comune volontà delle parti (D. 50, 16, 219: "in conventionibus contraentius voluntatem potius, quam verba spectari placuit", nonchè D. 50, 17, 34), tenuto conto dello spirito del contratto e nel modo più logico alla materia pattuita (si vedano, per la giurisprudenza sammarinese le sentenze del Commissario della legge in data 15 luglio 1924, Giur. Samm., 1924, p. 50, ed in data 11 gennaio 1926, Giur. Samm., 1926, p. 13). In definitiva, occorre muovere dalla interpretazione ricognitiva, che ha per scopo di vincere l'oscurità delle parole adoperate dai contraenti, ricorrendo in primis alla interpretazione letterale e logica, la quale, ovviamente, deve tenere conto della manifestazione della volontà dei contraenti. E' bene ricordare che allorché si procede all'interpretazione letterale, si deve ricorrere al sussidio della grammatica e dei lessici più autorevoli in materia di proprietà e purezza di vocaboli.*

*In ogni caso la ricerca della volontà dei contraenti deve essere attuata secondo il canone ermeneutico della buona fede (cfr., in tal senso, per la giurisprudenza sammarinese, la sentenza del Giudice delle Appellazioni in data 15 agosto 1924, Giur. Samm., 1924, p. 21 ss., ove accenna alla interpretazione "secondo buona fede" del contratto di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro). Si tratta di un principio etico-sociale che permea tutta la materia contrattuale, il quale si specifica nell'aspetto della c.d. salvaguardia e della lealtà. Come regola di condotta, infatti, la buona fede impone di non suscitare e non speculare su falsi affidamenti e di non contestare i ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte, preservando il ragionevole affidamento di ciascuna parte sul significato dell'accordo.*

Tenuto conto della disciplina globale del rapporto, sembra potersi evincere che la clausola n. 10, conformemente alla disciplina del recesso sopra richiamata, introduce una ipotesi di recesso *ad nutum* in cui la giusta causa serve ad esonerare il mandante dall'obbligo del risarcimento dei danni derivanti dal recesso medesimo, ed in cui la valutazione dell'inadempienza dedotta è rimessa al preponente medesimo. Peraltro, "l'inadempienza" che legittima il recesso unilaterale del preponente deve essere valutata alla stregua delle regole del mandato già richiamate, ed in particolare con riferimento alla diligenza usata dall'agente nell'esecuzione dell'incarico.

Si tratta infatti di un rapporto contrattuale in cui la responsabilità è misurata sulla base dello sforzo che il debitore (agente) è tenuto ad esplicitare, tenuto conto della natura della prestazione e delle circostanze in cui questa sia stata o avrebbe dovuto essere eseguita. Il rapporto obbligatorio postula inderogabilmente anche una obbligazione di comportamento a carico del debitore per la soddisfazione dell'interesse del creditore; la *diligenza* impone l'adozione di uno sforzo debitorio adatto non solo all'esecuzione della prestazione, ma anche, e prima di tutto, a far sì che tale prestazione venga eseguita. Ciò costituisce un corollario della natura fiduciaria del rapporto, onde potrà sussistere colpa dell'agente ogni qualvolta, pur avendo provveduto alla conclusione del contratto, non abbia poi diligentemente atteso all'esecuzione del medesimo.

6. L'inadempienza contestata alla ditta attrice consiste nel "corrispondere nei termini previsti gli importi delle fatture di cui all'allegato elenco, detratte le Sue provvigioni, e

così per complessive L. 4.808.462=” (lettera dell’avv. Pier Luigi Bacciocchi in data 22 febbraio 1990). In allegato è trasmesso il “conteggio n. 18/9 del 30/12/89.

La parte attrice non contesta quanto addebitatogli, ma afferma che il ritardo è dovuto a fatto della parte convenuta, che non ha tempestivamente provveduto ad inviare i montatori delle controfinestre vendute.

Dalla documentazione e dalle dichiarazioni rese in sede di deposizione testimoniale agli atti di causa si possono peraltro trarre le seguenti considerazioni.

Il teste Guidi Luigi afferma che i montaggi delle controfinestre di cui ai contratti 41, 42, 43 e 67 (compresi nel conteggio 18/9) sono stati effettuati tra la seconda e la terza settimana del mese di dicembre 1989. Dalla fattura - pure prodotta - n. 02 in data 31 gennaio 1990 si evince che il montaggio relativo ai contratti sopra citati è stato effettuato prima del 30 gennaio 1990.

I signori Bellesi Lucio ed Innamorati Alessandro, escussi in via rogatoria, hanno affermato, rispettivamente, il primo, di non saper dire se al 31 gennaio 1990 le controfinestre erano state montate, e di aver effettuato il pagamento il 15 febbraio 1990; il secondo dichiara che gli infissi sono stati montati tra il gennaio e febbraio 1990, e di aver effettuato il pagamento il 19 novembre 1990.

Il signor Scipioni Pietro, pure escusso in via rogatoria, afferma di non ricordare il periodo in cui la controfinestra venne montata e di avere effettuato il pagamento al momento del montaggio. Si può dunque affermare che la testimonianza del signor Guidi non è contraddetta, ed in più è confermata dalla fattura prodotta in atti.

Il teste Anselmi Arnaldo dichiara, inoltre che le finestre gli vennero montate il 23 gennaio 1990, mentre Ascenzi Pietro si limita genericamente a dire che la fornitura risale all’anno 1990, ma non è in grado di specificare il mese né il giorno.

Si può affermare che la genericità delle testimonianze non consente di trarre solide conclusioni in ordine alla data in cui il montaggio è avvenuto.

Occorre peraltro evidenziare che, ogni caso, ciò che assume grande rilevanza in ordine alla soluzione del caso sono gli obblighi di informazione e di comportamento posti a carico del mandatario, posto che, ai fini della responsabilità dello stesso ciò che rileva è la diligenza nell’esecuzione dell’incarico, al fine di consentire la realizzazione dell’interesse del mandante.

Risulta dal contratto prodotto in atti che la ditta mandataria avrebbe dovuto far pervenire alla mandante “fattura quietanzata dagli stessi montatori intestata alla ditta mandante”. Ne deriva che la mandataria aveva l’onere di controllare la corretta e tempestiva esecuzione del montaggio, comunicando sollecitamente alla ditta mandante eventuali ritardi.

Tali obblighi di diligenza sono poi rafforzati dalla previsione dello “star del credere”, vale a dire della clausola con la quale la mandataria assume su di sé il rischio dell’eventuale inadempimento del terzo, verso il corrispettivo di una provvigione maggiorata. La regolamentazione di tale garanzia é stabilita dalla clausola 6 del contratto di agenzia prodotto in atti, dove viene specificato che “il credito rimasto insoluto si considererà perduto, ai fini dello star del credere, quando siano trascorsi 2 (due) mesi dalla scadenza contrattuale così come sopra prevista”. Quindi, se è vero che un termine per la trasmissione alla mandante del prezzo relativo alle vendite effettuate non è previsto, questo viene implicitamente dedotto da tale clausola, di fatto resa inoperante dalla trasmissione degli importi al momento della riscossione di tutte le commesse comprese nel conteggio.

La documentazione relativa al conteggio n. 17/9, trasmesso in data 9 febbraio 1990, dopo il recesso, ed in ordine al quale la mandante nulla avrebbe eccepito non è idoneo a provare la buona fede della mandataria, proprio perché non è dato sapere se questa avesse comunicato alla ditta mandante i motivi del ritardo, ovvero se sia anche ciò ad aver minato il rapporto di fiducia, che ha indotto la mandante a recedere.

In definitiva, non è stata fornita la prova che incombeva alla mandataria, di avere usato la necessaria diligenza nell'esecuzione dell'incarico conferitogli, e pertanto in assenza della stessa, deve ritenersi sussistente la giusta causa di recesso.

Deve pertanto dichiararsi legittimo il recesso unilaterale della ditta mandante Alfa Lum, ed essere disattesa la domanda spiegata dalla attrice. Per converso, la stessa deve essere condannata alla restituzione alla convenuta della somma di L. 3.943.000=, relativa alle commesse di cui al conteggio 18/9, e dalla stessa trattenuta in conto del maggior danno.

Su tale somma devono essere riconosciuti gli interessi moratori, alla legale ragione del 7% - siccome previsto dalla legge 27 ottobre 1972 n. 36, dalla data dello scioglimento del contratto (31 gennaio 1990) al saldo.

Infine, va riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo gli indici ISTAT, a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla attrice che non ha tempestivamente provveduto al pagamento. Tale danno deriva alla attrice in riconvenzione dall'accertato minore potere d'acquisto della moneta, che essa è stata costretta a subire per non avere avuto la disponibilità della somma conseguente al pagamento.

7. Per quanto riguarda le spese e gli onorari del presente giudizio, si ritiene che queste debbano essere parzialmente compensate, in via di equità ed in applicazione del § 273, Rub. XXXII, Lib. II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*. Infatti, si ritiene che l'attrice abbia avuto una "legittima litigandi causa". La novità e la complessità della fattispecie, rappresentata dalla assenza di precedenti in termini, costituisce "un fatto che dimostra la buona fede del litigante" (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed. riveduta dal dott. F. Violi, San Marino, 1967, p. 87). Di conseguenza le spese e gli onorari vengono compensati per un quarto, mentre i restanti tre quarti vanno posti a carico della parte attrice.

## 100.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 14 luglio 1993.

Armandola Maria ved Hoz, Hoz Luigi ed Elena (Avv. G. Lonfernini) : Samaritani Maria ved. Tordi, Tordi Luciano, Ezio, Alessandro (Avv. Renzo Bonelli) – Causa n. 300, anno 1990.

**Contratto agrario – Risoluzione – Coltivatore diretto – Imprenditore agricolo – Qualifica – Registri – Sfratto.**

*Il collocamento a riposo e la concessione della pensione agraria producono la risoluzione di diritto del contratto agrario*

*La qualifica di colono è incompatibile con quella di lavoratore dipendente di un datore di lavoro diverso dal proprietario del fondo.*

*Il coltivatore diretto dedica la propria attività lavorativa in maniera stabile, continuativa ed esclusiva, alla conduzione dell'azienda agricola di sua proprietà, o condotta in affitto a qualsiasi altro titolo, non percependo altro reddito da attività produttiva.*

*L'imprenditore agricolo dedica la propria attività alla conduzione dell'azienda agraria condotta in affitto, o per qualsiasi altro titolo legalmente riconosciuto, mediante l'utilizzo di dipendenti salariati, in maniera continuativa e stabile.*

*Le qualifiche di coltivatore diretto e di imprenditore agricolo si ottengono con il conseguimento di apposita licenza.*

---

(omissis)

### 101.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 3 agosto 1993.

Angelici Ezia ed altri (Avv. G.N. Berti) : S.A. Alutitan (Avv. Alberto Selva) – Causa n. 244, anno 1993.

#### **Denuncia di nuova opera – Azione di danno temuto.**

*L' interdictum novi operis è dato per esercitare una tutela nei confronti delle opere iniziate e non ancora compiute, al fine di ottenerne la sospensione.*

*L'azione cautelare di danno temuto non sempre nasce dagli stessi presupposti dell'azione di nuova opera e non sempre porta alle stesse conseguenze.*

---

(omissis)

### 102.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 26 agosto 1993.

Grassi Gian Carlo (Avv. P.L. Bacciocchi) : Gasperoni Graziella (Avv. L. Mazza) – Causa n. 275, anno 1990.

#### **Litisconsorzio necessario – Contraddittorio – Integrazione.**

*La ragione del litisconsorzio necessario risiede sia nel modo di essere di determinate situazioni sostanziali, sia nell'esigenza che tali situazioni vengano esaminate e decise in un unico processo retto dal principio del contraddittorio.*

*Spetta al giudicante di ordinare l'integrazione del contraddittorio, prima di pronunciare in merito.*

---

### FATTO

Con atto di citazione in data 10 ottobre 1990 il signor Grassi Gian Carlo ha convenuto avanti a questo Tribunale la signora Gasperoni Emilia Maria Grazia (o Graziella) per sentire “dichiarare che il garage venduto non corrisponde a quello visto ed accettato dall'attore e quindi condannare al risarcimento del danno pari al minor valore dell'attuale garage rispetto all'altro, come verrà determinato in corso di giudizio. Il tutto con vittoria di spese ed onorari di causa”.

Esponeva l'attore di avere acquistato dalla convenuta, con scrittura privata in data 7 aprile 1989 per sé o per persona da nominare porzioni di fabbricato sito a Serravalle, via Olivella n. 42, e più precisamente un appartamento al piano sottotetto (mansarda) con garage al piano interrato, che erano stati mostrati in precedenza dalla convenuta alla presenza del mediatore. In data 1 febbraio 1990 le parti ponevano in essere il formale atto di trasferimento degli immobili con atto del notaio Luigi Lonfernini, rep. 2318, reg.to a San Marino il 28 febbraio 1990 al n. 814 Vol. 205 del registro di formalità. Successivamente esso attore veniva a conoscenza, tramite il legittimo proprietario che il garage acquistato non corrispondeva a quello visto, accettato ed occupato, bensì ad un altro. Afferma l'attore che “tale fatto in sé non sarebbe di alcuna importanza sennonché al garage effettivamente trasferito non è possibile accedere con la macchina, lo stesso si presenta sprovvisto di intonaco e pavimentazione e più corto di circa 30 cm.”.

All'udienza fissata per la seconda citazione si costituiva la convenuta a mezzo procuratore, il quale, nel concesso termine statutario per rispondere ed eccepire rilevava “l'infondatezza in fatto ed in diritto dell'istanza attrice in quanto è stato con estrema chiarezza indicato l'immobile oggetto di compravendita peraltro allibrato e quindi facilmente individuabile da foglio e particella”. Nel corso dei rituali termini di prova veniva eseguito l'accesso giudiziale, venivano escussi testi ed ammessi documenti.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. Il 15 luglio 1993, dichiarato all'uopo giuridico, si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo era posto *in pro servato*.

La procura attrice ha concluso chiedendo, “accolta la domanda dell'istante come di ragione, condannare il convenuto al pagamento della somma di L. 4.980.000= a titolo di risarcimento danno in favore dell'attore, ovvero a pari somma a titolo di diminuzione del prezzo, con interessi e danno da svalutazione a far data dalla domanda. Il tutto con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio”.

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo: “a) in via preliminare dichiarare la nullità degli atti procedurali per difetto di contraddittorio per l'assenza della signora Cesaretti Patrizia, comproprietaria dell'immobile e quindi parte necessaria del giudizio; b) respingere, nel merito, la richiesta di risarcimento avanzato dall'attore in quanto non risulta provato che vi sia stato un'errata indicazione dell'immobile acquistato e che lo stesso sia stato visto nel suo stato di finitura interna ed in ogni caso in quanto il danno, indicato unicamente nella perizia di parte assunta in assenza di contraddittorio, non può essere valutata in corso di giudizio, il tutto con condanna del Grassi Gian Carlo al

pagamento delle spese e degli onorari di causa; c) in via subordinata, che il danno sia limitato soltanto ai costi delle rifiniture interne determinati in via equitativa, tenuto conto dello stato di comparazione dei due locali”.

## DIRITTO

1. La procura convenuta solleva nelle allegazioni finali una eccezione relativa al “difetto di contraddittorio per l’aver agito il Grassi in assenza della comproprietaria dell’immobile, parte necessaria del giudizio, la quale peraltro nessuna eccezione ha mai avanzato alla parte venditrice in ordine all’immobile acquistato e tanto meno richieste di risarcimento”. A ciò dovrebbe conseguire “la dichiarazione di nullità degli atti per l’assenza della sig.ra Cesaretti Patrizia, parte necessaria per il rispetto del contraddittorio”.

L’eccezione sollevata dalla procura convenuta assume rilevanza pregiudiziale, e pertanto deve essere immediatamente esaminata.

Dall’esame dell’atto pubblico di vendita, prodotto dall’avv. Luigi Lonfernini nel corso dell’udienza del 10 settembre 1992 risulta, infatti, che effettivamente il signor Grassi Gian Carlo è intervenuto “non solo per sé, ma anche in nome, conto ed interesse della consorte Cesaretti Patrizia”, e che la convenuta “dà, cede, concede, vende ed in perpetuo trasferisce ed aliena a favore di Grassi Gian Carlo e Cesaretti Patrizia, accettante per entrambi il suconstituito Grassi Gian Carlo”, i beni immobili indicati nell’istanza di citazione. Ne deriva, pertanto, che la signora Cesaretti Patrizia è comproprietaria dell’immobile di cui è causa.

**2. La giurisprudenza sammarinese ha posto il principio che “prima di decidere sulla esistenza e sulla validità di un contratto è necessario che siano chiamati in causa tutti i contraenti interessati”** (sentenza del Giudice delle Appellazioni in data 15 luglio 1931, in *Giur. Samm.*, 1931-31, p. 3).

La dottrina ha chiarito, inoltre, che **“vi é nullità di procedura e di sentenza se il giudice era incompetente per materia o per territorio, se era sprovvisto di giurisdizione per essere comunque spirato il tempo del suo ufficio, se il contraddittorio non fu sostanzialmente rispettato e quindi se ogni parte non fu posta nella possibilità di far sentire le proprie ragioni, se non fu legalmente rappresentata, purché incapace o per mandato difettoso”** (T.C. GIANNINI, *Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese*, 2° ed., San Marino, 1967, p. 180). Tali orientamenti sono stati recepiti dalla giurisprudenza, la quale ha affermato che **“è da ammettere il principio del diritto comune secondo cui esiste nullità quando il contraddittorio non è stato osservato; quando, cioè, una delle parti non fu posta nella possibilità di far sentire le proprie ragioni nei modi e nei termini concessi dalle norme procedurali [...] nullità [che] deve, per quanto possibile, restringersi al solo atto o alla sola parte del giudizio mancante di regolare contraddittorio”** (Sentenza del Commissario della Legge in data 14 marzo 1935, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 34).

Da quanto sopra esposto, si evince che il principio del contraddittorio trova imprescindibile applicazione nell’ipotesi in cui una pronuncia non può essere emessa che in confronto di più parti, le quali devono dunque agire o essere convenute nello stesso processo. E’, in altri termini, il caso del litisconsorzio necessario.

**La ragione intima del litisconsorzio necessario risiede sia nel modo di essere di determinate situazioni sostanziali, sia nell’esigenza che tali situazioni vengano**

gestite in un unico processo retto dal principio del contraddittorio, il quale risulta rafforzato anche dalla tutela del diritto alla difesa in ogni fase del procedimento giudiziario, assicurata dall'art. 15 della legge 8 luglio 1974 n. 59, recante la "dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese".

In pratica, il giudizio su un rapporto sostanziale plurilaterale postula la necessità del litisconsorzio ogni qual volta la pronuncia su di esso non possa essere efficace, neppure tra i partecipanti al giudizio, se non in quanto resa nei confronti di tutti i soggetti.

Ora, è evidente che l'azione diretta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della consegna di una cosa diversa da quella venduta, quando più siano i compratori dà luogo ad una ipotesi di litisconsorzio necessario, in quanto dalla mancanza di uno dei comproprietari nel giudizio discende irrimediabilmente l'impossibilità di esaminare e decidere il merito della causa.

In tale situazione, la sentenza emessa in presenza di un contraddittorio non integro non può manifestare infatti in alcun modo la sua efficacia nei confronti del litisconsorte pretermesso, né è in grado di disciplinarne la posizione giuridica, onde finirà in pratica per non disciplinare neppure la posizione sostanziale del litisconsorte presente, essendo di fatto *inutiliter data*, e perciò inidonea a consumare l'azione per chiunque fra i titolari del rapporto sostanziale.

3. Acclarato dunque che la signora Cesaretti Patrizia è litisconsorte necessaria, che deve dunque essere chiamata a partecipare al giudizio, libera poi di presentarsi o meno, occorre verificare quali sono le conseguenze del difetto di contraddittorio posto in essere.

Posto che - come già detto - effettivamente il difetto di contraddittorio importa la nullità del giudizio, si tratta di accertare se questa debba essere immediatamente dichiarata, ovvero se al giudice spetti il potere di ordinare l'integrazione del contraddittorio, riservando la dichiarazione di nullità all'inadempimento dell'ordine decorso il termine concesso.

La giurisprudenza sammarinese ha affermato - relativamente ad una fattispecie di azione di rivendica di beni pignorati, ma estensibile ad ogni ipotesi di litisconsorzio necessario - che "secondo alcuni la mancata presenza del debitore importa la nullità assoluta del giudizio intrapreso per la separazione dei beni mobili pignorati. Secondo altri è riservato al giudicante di ordinare, prima di pronunciare in merito, l'integrazione del contraddittorio in termine perentorio (e, in difetto di adempimento della integrazione pronunciare l'estinzione del procedimento e la inammissibilità dell'impugnazione). Si ritiene di seguire questa ultima opinione più conforme alla natura del procedimento sammarinese" (sentenza del Commissario della Legge in data 7 novembre 1964, in *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 252 s.).

A tale orientamento questo giudicante intende attenersi, anche per ragioni di economia processuale, atteso che - come detto - la dichiarazione di nullità degli atti avrebbe effetto estintivo del procedimento, ma non dell'azione, la quale potrebbe dunque essere riproposta.

Di conseguenza, ritiene di sospendere ogni pronuncia sul merito, ordinando all'attore di integrare il giudizio chiamando in causa la signora Cesaretti Patrizia, comproprietaria dell'immobile di cui è causa, e ciò entro il termine perentorio di trenta giorni correnti dalla notifica della presente sentenza.



Riserva al definitivo ogni decisione in ordine alle spese della presente fase di giudizio.

### 103.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 4 ottobre 1993.

Catapano Renato (Avv. M. Micheloni) : S.A. Titanservice (Avv. L. Della Balda) – Causa n. 196, anno 1991.

#### **Assegno bancario non trasferibile.**

*La clausola, apposta dall'emittente, di rendere non trasferibile l'assegno, fa coincidere il soggetto legittimato ad esigere dalla banca trattaria il pagamento della somma iscritta nel titolo, con il soggetto prenditore dello stesso titolo, escludendone il trasferimento a terzi.*

---

#### FATTO

Con atto di citazione in data 20 giugno 1991 il signor Catapano Renato, titolare della Ditta omonima, ha convenuto in giudizio la società anonima Titan Service in persona del suo legale rappresentante pro tempore, per sentirla “condannare al pagamento della complessiva somma di L. 35.000.000= per vera sorte, oltre che ad interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data della fattura al saldo, con vittoria di spese ed onorari di causa e bancarie”.

Esponendo l'attore di avere venduto al signor Giovanni Salvia in data 27 marzo 1991 una partita di liquori con bolla di accompagnamento n. A 9843359 B/88 a cui ha fatto seguito la fattura n. 146 del 5 aprile 1991. Il prezzo di detta merce ammontava a L. 38.663.100, di cui L. 3.663.100= pagati in contanti ed il residuo con n. 3 assegni tratti sulla Cassa di Rurale Depositi e Prestiti di Faetano rispettivamente n. 221 di L. 15.000.000=, n. 222 di L. 10.000.000= e n. 223 di L. 10.000.000=. Tali assegni sono stati accreditati dall'attore in conto corrente “previa verifica effettuata dalla Banca della Provincia di Napoli, agenzia di Ottaviano, dell'esistenza di fondi nel conto corrente di origine”. Successivamente riceveva avviso del sequestro di tali assegni, “a causa di una controversia sorta fra l'emittente ed il beneficiario”, onde egli, assumendo “la figura di terzo di buona fede”, si vedeva costretto ad agire nei confronti della convenuta, dal cui conto corrente provenivano gli assegni.

All'udienza del 14 novembre 1991, dopo l'apertura del primo termine reprobatorio, si costituiva la convenuta a mezzo procuratore, il quale, dopo aver affermato che la signora Comanducci Fabiola aveva avanzato querela contro “Salvia Giovanni, girante degli assegni in questione, per il reato di truffa”, chiedeva “l'allegazione degli atti del procedimento penale n. 69/91 e la contestuale sospensione della presente causa, potendo nella competente sede penale accertare la eventuale “buona fede” vantata dal signor Catapano”. Tale richiesta di sospensione veniva respinta con decreto in data 25 novembre 1991, in quanto non venivano ritenuti sussistenti i presupposti richiesti

dall'art. 11 del codice di procedura penale per far luogo alla sospensione, non dipendendo necessariamente la definizione del giudizio civile dall'essersi verificato il fatto di reato.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi documenti su istanza della procura attrice. Veniva inoltre ammesso quale teste il signor Amato Angelo su istanza della procura convenuta, prova testimoniale che era dichiarata decaduta con decreto in data 11 dicembre 1992 per impossibilità di notificazione al teste del decreto di fissazione dell'udienza fissata per l'escussione del medesimo.

Con citazione in data 30 dicembre 1992, dopo il decorso del termine di controprova, e quindi ad istruzione ormai conclusa, la convenuta chiamava in causa la Banca della Provincia di Napoli, per sentirla "dichiarare la responsabilità cambiaria della Banca medesima nei confronti della Titan Services s.a. e del signor Catapano Renato, e quindi condannare la stessa Banca della Provincia di Napoli al pagamento della complessiva somma di L. 35.000.000= per vera sorte, oltre ad interessi legali e rivalutazione monetaria sino al saldo effettivo, spese ed onorari di causa".

All'udienza fissata si costituiva la chiamata in causa a mezzo procuratore, il quale, con comparsa in data 6 maggio 1993, eccepiva la mancata riproduzione della citazione da parte della convenuta, chiedendo "la decadenza dell'azione intentata dalla Titanservices s.a. nei confronti della Banca della Provincia di Napoli". Con decreto in data 7 maggio 1993 la convenuta chiamata in causa veniva dichiarata assolta dall'osservanza del giudizio.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure depositavano in atti le rispettive memorie conclusionali. All'udienza del 16 settembre 1993 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo veniva posto in *pro servato*.

La procura attrice ha concluso chiedendo "condannare la convenuta Società Anonima Titan Service al pagamento della somma risultante dagli assegni in possesso del signor Catapano e ammontante a L. 35.000.000= maggiorata degli interessi legali e della rivalutazione monetaria a far data dalle rispettive scadenze al saldo, con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio, che si chiede liquidare in complessive L. 3.040.000=".

La procura convenuta, ha, invece, concluso chiedendo "ai fini dell'economicità dei giudizi, disporsi la sospensione della presente causa sino alla definizione delle due procedure sopra citate", e cioè la causa civile n. 124/93 pendente avanti al Giudice Conciliatore e promossa da essa convenuta contro l'Istituto San Paolo di Torino, e la causa civile n. 246/93 pendente avanti al Commissario della Legge e promossa sempre da essa convenuta contro la Banca della Provincia di Napoli "perché ritenute responsabili di aver consentito l'incasso degli assegni in questione al sig. Catapano, ossia ad un terzo, nonostante gli assegni presentassero la clausola *non trasferibile*".

## DIRITTO

1. In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione sollevata dalla procura convenuta nelle finali allegazioni di sospensione del presente giudizio fino alla definizione delle due cause civili promosse dalla stessa contro due istituti di credito, ritenuti responsabili di avere consentito il pagamento degli assegni di cui è causa ad un terzo nonostante la clausola "non trasferibile".

Tale richiesta, a parere di questo giudicante, non può essere accolta.

Tra la presente e le due cause pendenti avanti al Commissario della Legge ed al Giudice Conciliatore non esiste alcun rapporto di pregiudizialità delle seconde sulla prima, né un rapporto di connessione qualificato, tale da giustificare la sospensione del presente giudizio in attesa della definizione delle due cause pendenti. Non esiste connessione soggettiva, in quanto i soggetti sono diversi, né oggettiva, essendo differenti sia il *petitum* che la *causa petendi*.

Nella presente fattispecie si verifica, semmai, un caso di garanzia impropria, poiché la domanda di garanzia, vale a dire l'affermazione della convenuta del suo diritto ad essere risarcita delle conseguenze della sua eventuale soccombenza, non dipende dal medesimo titolo, ma da un titolo connesso solo in via di fatto. Si determina, in altre parole, un caso di interferenza e collegamento tra rapporti giuridici, con possibilità di ripercussioni a catena di conseguenze dall'uno all'altro. In sostanza, con presente causa e quelle tuttora pendenti si originano azioni distinte, che possono essere trattate nello stesso processo, ovvero in giudizi separati.

E' proprio il principio dell'economia dei giudizi che conduce a non aderire alla richiesta di sospensione, essendo il presente giudizio in fase di decisione, mentre gli altri sono ancora in via istruttoria. Semmai il presente giudicato potrà costituire quanto meno elemento di valutazione nella decisione dei due giudizi pendenti.

2. La presente azione viene esperita dall'attore, qualificatosi come terzo di buona fede, ed è diretta ad ottenere dall'emittente il pagamento degli assegni tratti sulla Cassa di Rurale Depositi e Prestiti di Faetano e rispettivamente il n. 221 di L. 15.000.000=, il n. 222 di L. 10.000.000= e il n. 223 di L. 10.000.000=. Tali assegni sarebbero stati consegnati all'attore dal prestatore degli stessi signor Salvia Giovanni quale pagamento di una partita di merce.

*Si osserva, in primis, che, come è noto, nell'ordinamento sammarinese l'assegno non è soggetto ad alcuna disciplina speciale. In proposito vale dunque quanto statuito dalla giurisprudenza sammarinese che si è occupata dell'argomento.*

*In un primo tempo la giurisprudenza aveva escluso la possibilità di applicare all'assegno bancario la disciplina dettata per la cambiale, con la conseguenza che esso doveva essere regolato dagli ordinari principi di diritto in materia di obbligazioni, vale a dire: "1) lo chèque o assegno bancario è una comune obbligazione contenente l'indicazione fatta dal debitore, di una persona che deve pagare in sua vece (mandato di pagamento); 2) detta indicazione non produce novazione [...]; 3) il mandante deve rispondere del non essersi posto in grado di obbligare la persona indicata di eseguire o assumere il pagamento; 4) le due parti che hanno consentito all'obbligazione non possono revocarla a pregiudizio dell'altra o nel loro interesse; 5) il terzo, indicato per il pagamento, non contrae alcun obbligo fino a che non si sia assunto il pagamento; 6) il creditore che accetta siffatto modo di pagamento deve fare le diligenze opportune per riscuotere ed è responsabile dei danni arrecati dalla sua negligenza o dalla sua colpa" (sentenza del Commissario della Legge in data 8 agosto 1934, Giur. Samm., 1933-34, p. 108). Successivamente è prevalsa, invece, la tesi della applicabilità all'assegno della disciplina della cambiale: "l'assegno bancario è da equipararsi ad una cambiale a vista tratta su un banchiere, per cui è applicabile, per quanto possibile, la disciplina cambiaria (pur tenendo presente la diversa funzione economica dei due titoli: strumento di credito la cambiale, strumento di pagamento l'assegno, destinato ad agevolare la esecuzione del pagamento). Di conseguenza deve affermarsi: a) che l'assegno bancario è valido titolo per la prova dell'obbligazione a carico di chi l'ha rilasciato; b) che, tratto*

*a vista, deve essere pagato immediatamente senza che possano essere accordate dilazioni di uso o di favore” (sentenza del Commissario della Legge in data 8 ottobre 1964, in Giur. Samm., 1964-69, p. 249. Nello stesso senso cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 11 dicembre 1950, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 247). Sulla scorta di tali principi, la stessa giurisprudenza ha affermato che “Alle azioni nascenti dall’assegno possono opporsi solo le eccezioni indicate dall’art. 7 del Codice Cambiario”, vale a dire dalla legge approvata dal Consiglio Grande e Generale nella seduta del 23 agosto 1882, nota, appunto, come “Codice Cambiario”, l’art. 7 della quale dispone: “alle azioni nascenti da obbligazione cambiaria il debitore non può opporre che le eccezioni di incompetenza, nonché quelle riguardanti la forma del titolo o la mancanza delle condizioni necessarie all’esercizio dell’azione ed infine le eccezioni personali a colui che la esercita, le quali ultime però non possono ritardare la esecuzione o la condanna al pagamento se non sono liquide o di pronta soluzione e fondate su prova scritta” (sentenza del Commissario della Legge in data 12 settembre 1983, nella causa civile n. 354 dell’anno 1981).*

Con la presente causa l’attore esperisce dunque l’azione diretta nei confronti dell’emittente, obbligato principale, disciplinata dall’art. 64 del Codice cambiario.

3. L’esame degli assegni prodotti in atti (alcuni rilasciati in copia conforme dalla Cancelleria penale, in quanto sottoposti a provvedimento di sequestro penale, disposto con decreto del Commissario della Legge in data 15 aprile 1991, pure prodotto in atti), consente di affermare che trattasi di assegni emessi con la clausola “non trasferibile”, e che gli assegni n. 1634222 e n. 1634221 recano, dopo la girata “Salvia Giovanni”, la girata “per conoscenza e garanzia” a firma di Catapano Carmela, sul cui conto corrente sono state addebitate le spese di protesto dell’assegno 1634221, mentre l’assegno n. 1634223 reca dopo la girata “Salvia Giovanni”, la girata a semplice firma “Vittorio Catapano”.

Da ciò si evincono due ordini di considerazioni.

In primo luogo l’attore Catapano Renato non assume la veste di legittimato cartolare ad ottenere il pagamento degli assegni *de quibus*. Egli non risulta giratario degli assegni, essendo questi stati posti all’incasso da persona diversa (Catapano Carmela e Catapano Vittorio), i quali ultimi si qualificano dunque come possessori dei titoli che ne richiedono il pagamento, e, in definitiva, come legittimati all’esercizio del diritto cartolare. Nessun rapporto cartolare esiste invece tra l’emittente i titoli e l’attore, il che è sufficiente ad escludere la legittimazione attiva dello stesso attore ad esperire l’azione cambiaria diretta.

A nulla rilevano, poi, ai fini della presente azione la bolla di consegna delle merci al signor Salvia Giovanni e la successiva fattura. Essi provano, semmai, il rapporto causale tra Catapano Renato e Salvia Giovanni, e dunque la buona fede dell’attore, ma non sono suscettibili di esplicitare alcun effetto circa la legittimazione cartolare dell’attore medesimo ad ottenere il pagamento degli assegni dall’emittente, non figurando egli quale giratario dei titoli.

4. Si osserva, in secondo luogo, che trattasi di assegni recanti la clausola “non trasferibile”, la quale è stata apposta dall’emittente.

E’ noto che **la clausola “non trasferibile” impedisce sia la circolazione del titolo di credito, sia la trasferibilità del diritto cartolare. L’assegno bancario non trasferibile è pagabile soltanto al prenditore, o a richiesta di costui, accreditato nel suo conto corrente, e non può essere da questo girato se non ad un banchiere per l’incasso.**

**Colui che paga l'assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore o dal banchiere giratario, risponde del pagamento.**

La clausola “non trasferibile”, rientrando nel novero delle clausole limitative della circolazione dei titoli di credito, è addirittura più radicale, negli effetti, della clausola “non all'ordine”, la quale, quando viene apposta dall'emittente, preclude la circolazione del titolo, ma consente che il diritto cartolare possa essere ceduto nelle forme dell'ordinaria cessione del credito; quando sia invece apposta da un giratario, non preclude l'ulteriore circolazione del titolo di credito rispetto a coloro che la clausola non hanno apposta, avendo solo l'effetto di rendere opponibili al terzo possessore del titolo le eccezioni derivanti dal negozio di trasmissione tra girante e giratario non all'ordine.

Sebbene la dottrina e la giurisprudenza italiane, a fronte del dato normativo di cui all'art. 43 della Legge sull'Assegno, si soffermino sulla distinzione tra la clausola “non trasferibile” e la clausola “non all'ordine” (quest'ultima prevista, invece, dalla Legge Cambiaria), nell'ordinamento sammarinese, in assenza della disciplina *ad hoc* dell'assegno e della clausola “non trasferibile”, può essere affermata l'assimilabilità di quest'ultima alla clausola “non all'ordine”, essendo entrambe dirette ad escludere o limitare la circolazione del titolo.

L'art 17 del codice cambiario stabilisce che **“la clausola <<non all'ordine>> apposta nella girata, sia dal traente, sia da qualunque girante, limita solamente la responsabilità cambiaria del medesimo verso la persona del giratario immediato, ma non arresta la ulteriore circolazione della cambiale con tutti gli effetti cambiari”. Qualora la clausola “non all'ordine” sia apposta dal trattario ovvero dall'emittente, nel pagherò, la dottrina esclude la natura di titolo di credito a tale cambiale.**

Con l'apposizione della clausola “non trasferibile” l'emittente degli assegni di cui è causa, la convenuta Titan Service s.a., ha limitato la propria responsabilità cartolare solo verso il prenditore signor Salvia Giovanni, il quale è l'unico legittimato a pretendere il pagamento dall'emittente. L'emittente non risponde *ex titulo* verso gli ulteriori giratari, i quali, semmai, potranno agire verso il prenditore girante.

Da tali considerazioni si evince, quindi, l'inesistenza dell'obbligazione cartolare dell'emittente nei confronti dei giratari diversi dal signor Salvia Giovanni, unico legittimato a pretendere il pagamento degli assegni e dunque ad esperire l'azione diretta verso l'emittente.

Il signor Catapano Renato potrà dunque agire con l'azione causale nei confronti del signor Salvia Giovanni, il quale ultimo potrà poi rivalersi con l'azione cartolare diretta verso la convenuta.

In definitiva, deve essere respinta la domanda spiegata dall'attore nei confronti della convenuta, sia per la carenza di legittimazione attiva, sia in quanto la responsabilità cartolare della convenuta è stata da questa limitata al solo signor Salvia Giovanni con l'apposizione della clausola “non trasferibile” sugli assegni di cui è causa.

5. La reiezione della domanda avanzata dall'attore, comporta la condanna del medesimo al pagamento delle spese e degli onorari del presente giudizio, che verranno liquidati con successivo e separato decreto, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 4 ottobre 1993.

S.A. Grandidea (Avv. L. Lonfernini) : S.n.c. Gieffe (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 108, anno 1983.

### **Eccezione di cosa giudicata.**

*Sono estremi della cosa giudicata: a) eadem res o identità della cosa domandata; b) eadem causa petendi, cioè l'identità della causa o del titolo o del fatto giuridico che generano il diritto domandato; c) eadem conditio personarum, cioè le stesse persone. I primi due estremi costituiscono la identità obbiettiva, il terzo costituisce la identità subiettiva.*

---

### **FATTO**

Con atto di citazione in data 10 febbraio 1993 la società anonima Grandidea, in persona del suo legale rappresentante, ha convenuto avanti a questo Tribunale la società in nome collettivo GIEFFE per sentirla “condannare alla rifusione di qualsiasi danno, spesa od altro derivante dal procedimento in corso avanti al Tribunale di Rimini”.

Esponeva l'attrice di essere stata condannata, con sentenza passata in giudicato, al pagamento, in favore della convenuta, di una somma di denaro, e di essere stata nel contempo citata in giudizio avanti al Tribunale di Rimini dalla società per azioni GILMAR, “per ottenere il risarcimento dei danni dovuti a seguito di comportamento illecito tenuto dalla Gieffe in esecuzione di contratto di commissione d'opera”. Essa attrice “a seguito di mandato esecutivo ha effettuato il pagamento per intero di quanto stabilito” con la sentenza emessa dall'Autorità Giudiziaria sammarinese, ma essendo “soggetta a procedimento civile avanti al Tribunale di Rimini con l'ordine di sequestro per la somma di L. 50.000.000= per motivi che ineriscono il rapporto commerciale tra la Grandidea e la Gieffe, già oggetto di contenzioso” chiedeva procedersi a sequestro conservativo “da eseguirsi sulla somma corrisposta dalla Grandidea a seguito di mandato esecutivo a titolo cautelativo e per il periodo in cui è in atto il procedimento avanti al Tribunale di Rimini”.

Con decreto in data 12 febbraio 1993, a rischio e pericolo della parte istante, veniva autorizzato il sequestro conservativo della somma di L. 50.000.000=, a mani del Cancelliere.

Con comparsa in data 11 marzo 1993 la procura convenuta sollevava l'eccezione di “lite finita” essendosi “definita con sentenza la vertenza fra le parti anche in ordine alla pretesa avanzata dalla GILMAR”.

Con decreto in data 28 aprile 1993, trattandosi di eccezione *non reservata*, ai sensi della Rub. VI, Lib. II, § 114 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, veniva aperto il termine statutario di quattro giorni utili “per dare e rispettivamente combattere le prove dell'eccezione”.

Veniva disposta su istanza della procura convenuta all'allegazione agli atti del fascicolo relativo alla causa civile n. 180 dell'anno 1989, e successivamente veniva aperto il

termine ad allegare. Entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All'udienza del 23 settembre 1993 si addiveniva alla irrotulazione, dopo di che il fascicolo veniva trattenuto per la decisione.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso chiedendo "mantenersi fermo il sequestro della somma di L. 50.000.000= e la sospensione di ogni decisione, atto di natura procedurale, in attesa che si pronunci il Tribunale di Rimini".

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo: "dichiarare che l'istanza della s.a. Grandidea ha formato oggetto di sentenza ormai esecutiva, per cui non può essere riproposta in questa sede, definitivamente assegnando alla Gieffe di Ghiandoni & C. la somma sequestrata, con gli interessi legali maturati e il riconoscimento di integrazione compensativa dell'inflazione nel frattempo intervenuta, come disposto nella sentenza definitiva più volte richiamata, e con attribuzione alla soccombente delle spese e onorari tutti di causa da liquidare anche in sentenza".

## DIRITTO

1. La Rub. VI, Lib. II, § 114 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* stabilisce che l'eccezione di lite finita è "*non reservata*", e pertanto deve essere decisa con sentenza interlocutoria non appena proposta, dopo il decorso del termine di quattro giorni utili concesso ad entrambe le parti per dare e per combattere le prove della eccezione.

2. L'eccezione di lite finita è una eccezione dilatoria, e di regola deve essere proposta prima della contestazione della lite, sebbene la dottrina ammetta la possibilità di proporla anche posteriormente (cfr. T.C. GIANNINI, *Sommario di Procedura Giudiziaria civile Sammarinese*, 2° ed., San Marino, 1967, p. 57).

Gli Autori del diritto comune qualificano l'eccezione di cosa giudicata o lite finita come riconducibile al genere delle eccezioni "che impediscono l'avviamento di una lite, ovverosia della contestazione di una lite, purchè sieno incontamemente provate", e riguardo al tempo della proposizione fanno osservare che: "sebbene questa eccezione si possa opporre fin dal principio della lite, di modo che, provata incontanente, ne impedisce il progresso; nulladimeno, se dal giudice non sarà ammessa al fine di arrestare la lite, non è divietato al reo convenuto di obbiettarla in seguito nuovamente, a guisa di un'altra eccezione perentoria, perché vi si abbia riguardo all'atto di proferire il giudizio" (J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. 44, tit. II, nn. 1 e 6).

Secondo T.C. GIANNINI (*Sommario di procedura giudiziaria sammarinese*, cit., p. 92), che argomenta dalla Rub. XXI, Lib. II, § 229 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* ("Dichiarando che la lite si abbia contestata in quanto al pagamento dei capisoldi, se diasi semplicemente il termine a provare"), l'apertura dei termini probatori equivale a contestazione della lite, anche se "non è detto che anche prima non possa verificarsi contestazione della lite". Questa si riscontra ogni volta che il convenuto, invece di chiedere un termine per rispondere, oppure, trascorso questo termine se lo ha domandato, oppone eccezioni generiche conosciute nella pratica sotto il nome di <<generalia contra>>, o specifiche [...] e finalmente in tutti i casi simiglianti, nei quali si determina l'oggetto del dibattito, ed il giudice <<causam audire incipit>>. Ciò è confermato, altresì, dalla Decisione del Consiglio dei XII (consulente prof. Ugo Gualazzini) in data 23 marzo 1967 (in *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 65 ss.), secondo la quale la contestazione della lite non è "né il momento in cui si inizia la causa, né quello

*in cui il giudice la esamina, ma è un momento particolare del giudizio in cui si accerta formalmente, e senza più alcuna ombra di dubbio, la richiesta di una parte ed il diniego dell'altra di aderirvi", e dalla sentenza del Commissario della Legge in data 20 agosto 1927 (Giur. Samm., 1927, p. 13), secondo la quale la lite è sufficientemente contestata con la opposizione delle <<generalia contra>>.*

Nella specie l'eccezione di lite finita è stata correttamente e tempestivamente avanzata dal convenuto all'udienza fissata per la costituzione delle parti, prima di ogni altra eccezione o difesa.

**3. La cosa giudicata - come noto - è la situazione in forza della quale nessun giudice può pronunciarsi su quel diritto sul quale sia già intervenuta una pronuncia che abbia esaurito la possibile serie dei riesami.** Se, in contrasto con tale divieto, l'azione su cui è già sceso il giudicato venisse riproposta, il giudice, su eccezione di parte, deve affrontare e risolvere il quesito se l'azione così proposta è la stessa su cui è già sceso il giudicato, oppure è un'altra e diversa; dovrebbe cioè far luogo ad una identificazione dell'oggetto del processo, attraverso una identificazione delle due azioni per stabilire se si tratta, in realtà di un'unica e medesima azione, e ciò al fine di evitare la violazione del fondamentale principio del *ne bis in idem*.

Il problema dei presupposti di tale eccezione è risolto dalla dottrina, la quale ha stabilito la necessità che tra l'azione su cui è sceso il giudicato e quella pendente vi sia identità di persone, di *petitum* e di *causa petendi*: "Sennonchè, questa eccezione ha luogo allora soltanto che la lite terminata venga mossa di nuovo tra le medesime persone, circa la medesima cosa, e dipendentemente dal medesimo titolo; di modo che diventa inattendibile se manca uno di questi tre requisiti. S'intende trattarsi della medesima cosa ogni qualvolta vien domandato presso il secondo giudice ciò che fu domandato presso il primo; epperò si considera identica anche quella cosa che fosse aumentata o diminuita: parimenti che reputasi domandata la medesima cosa se ripetesi una parte di ciò che era stato dianzi domandato per intero [...] Considerasi identico il titolo della domanda eziandio allora quando, benchè non sia esercitata la medesima azione, pure è ventilata la questione medesima con un diverso genere di giudizio, non valendo l'azione a costituire la identità di titolo, ma sì piuttosto mirando a ciò l'origine della domanda" (J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. 44, tit. II, nn. 3 e 4).

Tali assunti sono stati recepiti dalla giurisprudenza sammarinese, la quale ha affermato che **"perché competa l'eccezione di cosa giudicata sono necessarie determinate condizioni e cioè la triplice identità della cosa (*res*), del titolo (*causa petendi*), delle persone e della qualità in cui esse agiscono (*conditio personarum*). In sostanza l'identità della cosa domandata e l'identità della *causa petendi* si confondono in una sola identità quella cioè della questione dedotta e decisa, di cui e la cosa domandata e la causa della domanda sono due fattori"** (Sentenza del Commissario della Legge in data 23 febbraio 1955, in *Giur. samm.*, 1963, fasc. 2, p. 357 s.).

4. Occorre procedere ora, sulla scorta dei principi sopra enunciati, alla verifica della sussistenza, nella presente fattispecie, dei requisiti richiesti per l'accoglimento dell'eccezione sollevata.

In via preliminare si osserva che l'indagine deve essere effettuata tra l'azione promossa in via riconvenzionale nella causa civile n. 180 dell'anno 1989 e quella attualmente pendente.

Indubbiamente esiste identità tra i soggetti. La causa civile n. 180 dell'anno 1989 è stata promossa dalla società in nome collettivo Gieffe contro la società anonima Grandidea, la



quale ultima avanzava azione in riconvenzione contro la Gieffe. Il presente procedimento risulta promosso dalla società anonima Grandidea contro la società anonima Gieffe. In definitiva, la società anonima Grandidea è attore sia nel presente giudizio che in quello instaurato in via riconvenzionale, e la Gieffe è negli stessi convenuta.

Passando alla verifica dell'identità oggettiva, occorre analizzare il *petitum* e la *causa petendi* delle due azioni. Il *petitum* è, come noto, ciò che si chiede con la domanda, mentre la *causa petendi* è il diritto sostanziale affermato, in forza del quale viene richiesto il *petitum*, ed è individuabile nel fatto costitutivo del diritto, in correlazione, come nel caso in esame, col fatto lesivo di quel diritto.

Il fatto costitutivo della pretesa della Grandidea s.a. nell'azione promossa in via riconvenzionale nella causa civile n. 180 del 1989 è rappresentato dall'avere la Gieffe s.n.c. prodotto capi di abbigliamento in quantità maggiore di quella convenuta e di averli immessi nel mercato a prezzi inferiori, ponendo in atto concorrenza sleale ed arrecando danni alla Grandidea s.a., convenuta in giudizio in Italia dalla Gilmar s.p.a., committente dei lavori, per lo stesso fatto. La presente azione trova fondamento nell'essere stata convenuta la Grandidea s.a. in giudizio avanti al Tribunale di Rimini dalla Gilmar s.p.a. "per ottenere il risarcimento dei danni dovuti a seguito di comportamento illecito tenuto dalla Gieffe in esecuzione di contratto di commissione d'opera".

Può dunque affermarsi l'identità di *causa petendi* tra le due azioni.

In merito al *petitum* si osserva che nella causa civile n. 180 dell'anno 1989 la Grandidea s.a. chiedeva condannare la Gieffe s.n.c. "a risarcire i danni che in corso di causa verranno individuati e quantificati e dichiarare compensato fino alla loro concorrenza il credito della Gieffe ed il credito che potrà vantare la Grandidea per le causali sopra citate e quindi condannare quest'ultima per la eventuale differenza"; chiedeva inoltre "la sospensione del procedimento in attesa della definizione del procedimento avanti il Tribunale di Rimini in quanto una eventuale condanna della Grandidea avrebbe rilevanza ai fini del procedimento in corso". Nell'attuale giudizio la Grandidea s.a. richiede "condannare [la Gieffe s.n.c.] alla rifusione di qualsiasi danno, spesa od altro derivante dal procedimento in corso avanti al Tribunale di Rimini". In definitiva in entrambi i giudizi viene richiesta la condanna della Gieffe s.n.c. al risarcimento dei danni che la s.a. Grandidea a sua volta potrà essere condannata a risarcire alla Gilmar s.p.a. all'esito del procedimento penale pendente avanti al Tribunale di Rimini. Sussiste, dunque, anche l'identità di *petitum*.

La sussistenza dell'identità tra *res, personae*, e *causa petendi*, conduce all'accoglimento dell'eccezione di lite finita sollevata dalla procura convenuta.

A nulla rileva che nella presente azione sia stato richiesto il sequestro.

E' noto che **con il sequestro conservativo si pone un vincolo su alcuni elementi attivi del patrimonio del debitore che, in caso di inadempimento, potrebbero essere espropriati per realizzare in via esecutiva il credito. Esso costituisce, pertanto, uno strumento speciale di conservazione della garanzia patrimoniale generale, atteso che, dal momento in cui viene eseguito, sono resi inefficaci gli atti di disposizione di tali beni che siano dal debitore compiuti.**

**Con la domanda di autorizzazione del sequestro il richiedente esperisce dunque una azione cautelare, a cognizione sommaria, che dà luogo ad un procedimento incidentale autonomo, sebbene connesso al giudizio principale sul merito.**

La necessaria interdipendenza tra il giudizio di convalida del sequestro ed il giudizio sul merito, conduce a dichiarare, attesa l'inammissibilità della domanda principale, anche la revoca del sequestro, peraltro teso a garantire un credito futuro e potenziale - da verificare autonomamente in sede di accertamento - nascente dalla pronuncia della Autorità Giudiziaria italiana.

Si osserva, infine, che la procura attrice reitera la richiesta di "sospensione di ogni decisione, atto di natura procedurale, in attesa che si pronunci il Tribunale di Rimini".

Al riguardo non può che confermarsi quanto già affermato nella sentenza emessa da questo giudicante nel procedimento civile n. 180 dell'anno 1989, confermato dalla sentenza emessa nel giudizio di appello: *"La giurisprudenza sammarinese ha affrontato esclusivamente il problema della proponibilità della eccezione di litispendenza quando uno dei due giudizi identici penda innanzi a tribunali stranieri (cfr. T.C. GIANNINI, Sommario di procedura giudiziaria sammarinese, II ed. riveduta dal dott. F. Viroli, San Marino, 1967, p. 26 s.), risolvendolo in senso negativo. Tale orientamento risulta suffragato dall'art. 5 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato tra San Marino e Italia del 31 marzo 1939, il quale dispone che le decisioni emesse in uno dei due Stati possono avere esecuzione nell'altro quando "al momento della emanazione della decisione non fosse pendente, nello Stato in cui essa viene invocata, un giudizio per la stessa controversia". Questa disposizione convenzionale è stata così interpretata dalla giurisprudenza: "da ciò non deriva affatto che (esistendo separato giudizio nei due Stati per la stessa controversia) o l'autorità giudiziaria sammarinese o quella italiana debba sospendere il giudizio che ad essa compete secondo le leggi del loro Stato. Lo stesso art. 5 al n. 3 (passato al n. 4 con gli accordi aggiuntivi 28 febbraio 1946 e 29 aprile 1953) della predetta convenzione conferma la possibilità di un duplice giudizio, per la stessa controversia, avanti le autorità dei due Stati" (Sentenza del Commissario della Legge in data 31 agosto 1955, in Giur. Samm., 1963, fasc. 3, p. 363). E' questa una conseguenza del principio della inderogabilità della giurisdizione sammarinese, conseguente al riconoscimento della potestas jurisdictionis, che è uno degli attributi della sovranità statale. Se, dunque, è possibile la contemporanea pendenza di due giudizi identici (litispendenza) avanti alla autorità giudiziaria sammarinese e a quella italiana, a maggior ragione sarà da affermarsi la competenza sammarinese a decidere nel merito quando tra il giudizio pendente avanti a questa e quello avanti alla autorità giudiziaria straniera vi sia solo una qualche connessione, o una qualche affermata "pregiudizialità" per ragioni di opportunità. [...]. Potrebbero sembrare, semmai, connesse per causa pretendi l'azione riconvenzionale promossa da Grandidea s.a. contro Gieffe s.n.c. e quella pendente in Italia, ma ciò non può evidentemente costituire il presupposto per la sospensione del giudizio pendente avanti a questa Autorità Giudiziaria. [...] Tale assunto risulta nel caso di specie confermato anche dal principio di diritto internazionale che impone il rispetto della condizione di reciprocità, disponendo l'art. 3 del codice di procedura civile italiano che "la giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti al giudice straniero della medesima causa o di altra con questa connessa".*

5. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto, devono essere posti a carico della parte attrice, perché soccombente, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

**105.**

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 13 ottobre 1993.

Ricciotti Avv. Giammaria (Avv. P.L. Bacciocchi) : Bastoni Ivo e Aldo (Avv. F. Ciacci)  
– Causa n. 205, anno 1991.

**Avvocato – Onorario – Liquidazione.**

*L'onorario per le prestazioni professionali, dovuto all'avvocato in base al contratto consensuale di locatio operis, non di mandato, individuato come "giusto compenso", incombe necessariamente sul cliente come obbligazione del locatore.*

---

(omissis)

**106.**

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 3 novembre 1993.

S. A. (Avv. G.L. e G.N. Berti) : S. A. (Avv. L. Bacciocchi) – Causa n. 51, anno 1992.

**Matrimonio – Separazione giudiziale dei coniugi – Addebito – Assegno di mantenimento – Comunione tacita familiare – Scioglimento – Comunione legale dei beni.**

*Il giudicante deve pervenire alla pronuncia di addebito della separazione, su espressa richiesta di uno dei coniugi, tenuto conto di gravi violazioni perturbatrici dei presupposti sui quali si regge la famiglia.*

*Tali violazioni devono tradursi in contrarietà al principio di uguaglianza morale e giuridica fra i coniugi.*

*Il legislatore, con il termine "alimenti" ha indicato ciò che è dovuto al coniuge economicamente più debole a cui sia stata addebitata la separazione.*

*Con il termine "mantenimento" ciò che invece è dovuto al coniuge incolpevole.*

*Per il diritto comune, poteva intervenire fra i coniugi una società tacita, o un accordo semplicemente di fatto, ristretta agli utili ed agli acquisti, regolata dalle norme della società, o più precisamente dalle norme che disciplinarono l'istituto della communio incidens familiaris.*

*Dopo l'entrata in vigore della Legge 26 aprile 1986, n. 49 è divenuto operante tra i coniugi il regime della comunione dei beni.*

---

(omissis)

**107.**

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 15 dicembre 1993.

Rossi Iria ved. Beccari (Avv. P.L. Bacciocchi) : Sansoni Adalberto e Adolfo (Avv. G.B. Busignani) – Causa n. 54, anno 1992.

**Danno causato dal figlio – Padre – Obbligo al risarcimento.**

*Il diritto statutario sammarinese sancisce che il figlio convivente, sia minorenne che maggiorenne, è tenuto al risarcimento del danno con il suo patrimonio personale, e in via sussidiaria, anche il padre, fino al limite della legittima spettante al figlio, calcolata sull'attuale patrimonio.*

---

**FATTO**

Con istanza depositata il 5 marzo 1992 l'attrice ha chiamato in giudizio i convenuti per "diffidarsi come in effetti si diffida [...] a non rinunciare l'uno in alternativa all'altro, alla eredità trasmessa dalla rispettiva ava materna e madre, eredità consistente [...] in villa e terreni in Calcinelli, Ca' Rigo, distinti al f. 32, coi n. 173 (P.E.) e 170 e 263 sotto comminatoria che ciò facendo si provvederà contrariamente in via di legge e di giudizio". Chiede inoltre sequestro conservativo sui beni mobili del convenuto Adalberto Sansoni, nonché sulla sua retribuzione quale dipendente, sino alla concorrenza di £.52.333.330 oltre alle spese giudiziali, e "una volta acceduta l'eredità a non distrarla, alienarla o gravarla senza avere prima soddisfatto il diritto della attrice", con le comminatorie di legge.

Afferma l'attrice che con sentenza del 13 novembre 1991 l'Ecc.mo Sig. Giudice delle Appellazioni Civili ha confermato in ogni sua parte la sentenza pronunciata da S.S. Ill.ma il Commissario della Legge in data 23 agosto 1989, nella causa civile n. 53 dell'anno 1987.

La suddetta sentenza, prodotta in atti, porta il seguente dispositivo: "ogni contraria istanza, eccezione e deduzione reietta, riconosce e dichiara la concorrente responsabilità a titolo di colpa del convenuto Adalberto Sansoni nel decesso di Pier Giorgio Beccari, avvenuto in località Borgo Maggiore la notte del 7 luglio 1985 a seguito di una gara di velocità non autorizzata e conseguentemente condanna lo stesso convenuto al risarcimento del danno, morale e materiale, in favore degli attori Ortensio Beccari e Iria Rossi nella loro qualità di eredi del suddetto defunto, danno che viene complessivamente liquidato in £.52.333.330= accogliendo parzialmente la domanda degli attori in ragione del concorso. Condanna il convenuto alle spese di giudizio che si liquidano complessivamente in £.6.500.000=.

Lamenta inoltre l'attrice che il convenuto sig. Adalberto Sansoni, benché richiesto, rifiuta ogni suo obbligo e che in data 9 settembre 1991 é deceduta in San Giovanni la sig.ra Atea Elvezia Mariotti - rispettivamente nonna in via materna e madre dei due

convenuti - dismettendo quale eredità, una villa con annessi terreni e dei quali é erede legittimo il figlio convenuto sig. Adolfo Sansoni o, in caso di sua rinuncia, il nipote convenuto sig. Adalberto Sansoni.

Deduce poi in atti che, quale padre di persona dichiarata civilmente responsabile, il convenuto sig. Adolfo Sansoni ex lege “deve rispondere del danno arrecato dal figlio quanto meno nei limiti della quota legittima allo stesso dovuta sui propri beni posseduti”. Accordate le diffide ed i sequestri richiesti, secondo la formula di rito a rischio e pericolo della parte istante, il procuratore dell’attore ha riprodotto la citazione ed ha richiesto l’apertura del primo termine di prova. E’ stato così documentato che il convenuto Adalberto Sansoni, alla data del 7 luglio 1985, era convivente con il padre, oggi convenuto, Adolfo Sansoni. Sono state ammesse agli atti di causa anche le sentenze pronunziate in primo e secondo grado nella causa n. 53 dell’anno 1989, nonché uno stralcio degli atti di causa.

Dopo la rinuncia al secondo termine di prova e l’apertura del termine reprobatorio si sono costituiti i convenuti a mezzo procuratore e, su loro formale istanza, è stato accordato un breve termine per esaminare la controversia e predisporre le difese. Il loro procuratore ha eccepito che il convenuto Adalberto Sansoni, alla data dei fatti, aveva già raggiunto la maggiore età e conseguentemente il di lui padre, Adolfo Sansoni, oggi non può essere chiamato a rispondere delle obbligazioni del figlio. L’allegata disposizione statutaria - la Rub. X del Libro VI delle Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini - secondo l’eccezione della difesa dei convenuti, chiama il padre a rispondere per i figli nella misura della quota di legittima, solo in quanto costoro sono minorenni.

Ha replicato l’attrice che secondo la suddetta rubrica “il padre è tenuto fino alla concorrenza della legittima per i danni cagionati dal figlio convivente”.

Decorsi inutilmente i successivi termini di prova è stato aperto il termine ad allegare, poi la causa è stata posta pro servato e quindi trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto la procura della parte attrice ha così concluso: “Voglia questo Ecc.mo Giudice, ogni contraria istanza reietta, dichiarare che il Sig. Sansoni Adolfo, tenuto a rispondere civilmente quantomeno nei limiti della legittima attuale per i danni arrecati dal figlio Adalberto alla signora Rossi Iria per i fatti di cui alla causa civile n. 53/1987, danni liquidati da S.S. Ill.ma il Commissario della Legge con sentenza in data 23 agosto 1989 in £.52.333.3330=, decisione confermata dal Giudice delle Appellazioni Civili, oltre le spese e competenze del giudizio pari a £.13.000.000=, e quindi condannarlo in proprio al pagamento in favore della signora Rossi Iria delle predette somme fino all’importo della legittima che attualmente nel suo patrimonio spetterebbe al figlio Adalberto. Voglia altresì confermare a tutti gli effetti di legge la diffida ed il sequestro autorizzati con decreto 13 marzo 1992. Il tutto con vittoria di spese e competenze del presente giudizio che si indicano liquidare in £.8.000.000=”.

Nelle finali allegazioni in diritto la procura delle due parti convenute ha concluso chiedendo: “nulla avendo ad opporre alle richieste formulate nei confronti di Sansoni Adalberto, dichiararsi infondata l’istanza nei confronti di Sansoni Adolfo perché estraneo al giudizio e di conseguenza revocarsi la diffida, disposta con decreto in data 13 marzo 1992, a disporre degli immobili siti in località Calcinelli di Borgo Maggiore sui quali il Sansoni Adalberto non vanta né può vantare diritto alcuno, il tutto con addebito alla parte attrice di spese ed onorari di causa”.

DIRITTO

Va premesso che in atti non esistono dubbi sul fatto che, in forza delle due conformi e successive pronunce, il convenuto Adalberto Sansoni é tenuto al pagamento della somma richiesta, come non esistono dubbi che lo stesso convenuto, al momento del verificarsi dei fatti, il 7 luglio 1985, per i quali è stata riconosciuta la sua responsabilità, era maggiorenne di età e convivente con il di lui padre, il convenuto Adolfo Sansoni.

Il problema è di stabilire se, in forza del § 787 della Rub. X. del Libro VI delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, il padre è tenuto al risarcimento del danno cagionato dal figlio convivente fino alla concorrenza della quota di legittima.

Eccepisce infatti il procuratore dei convenuti che il convenuto Adalberto Sansoni, alla data dei fatti, aveva già la maggiore età e pertanto il di lui padre, Adolfo Sansoni, non può essere chiamato a rispondere delle obbligazioni del figlio.

L'allegata rubrica espressamente recita: "Si filius familias, vel filia in bonis alicuius damnum dederit, et cum patre habitaverit, pater cogi possit ad damni mendationem, et poenae solutionem, usque ad quantitatem, quae filio debetur in bonis paternis pro legitima" - "Se il figlio, o la figlia di famiglia darà danno nei beni di qualcuno, e conviverà col padre, questi possa essere costretto all'ammenda del danno, e alla soddisfazione della pena sino alla somma che si dovrebbe al figlio per la legittima sui beni paterni". .

**La giurisprudenza sul punto in questione è ormai consolidata e ritiene che "secondo lo statuto il padre è tenuto per i danni arrecati dal figlio con lui convivente fino all'importo della legittima"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'8 giugno 1922 nella causa n. 68 dell'anno 1922, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1922, p. 4).

L'indirizzo è infatti da ritenersi costante, perché "lo Statuto Sammarinese (Lib. VI, Rub. X) dispone che il padre è obbligato a rispondere dei danni arrecati dal figlio, con lui convivente, fino all'importo della legittima calcolata sull'attuale patrimonio" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 21 agosto 1932 nella causa 115 dell'anno 1929, in *Giurisprudenza Sammarinese*, anno 1930, p. 16). Nella motivazione a tale sentenza, dopo un lungo esame delle ragioni storiche, che hanno portato alla responsabilità sussidiariamente ed oggettivamente attribuita al padre ex lege, la giurisprudenza ritiene: "può chiedersi se la detta Rubrica X stabilisca una presunzione assoluta di responsabilità del padre fino all'ammontare della legittima oppure se il padre possa liberarsi di ogni obbligo provando di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbe essere responsabile, ma è da rispondere che **le disposizioni statutarie non ammettono alcuna prova liberatoria né potevano ammetterla, in quanto non sono basate su una presunta colpa in vigilando** (come avviene nell'art. 1153 Cod. Civ. del Regno), sibbene sul concetto germanico di proprietà e solidarietà familiare: **e ciò é tanto vero che lo statuto non distingue tra figlio di famiglia minore e maggiore e si accontenta della sola convivenza col padre; ad unum panem et vinum**" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 21 agosto 1932 nella causa 115 dell'anno 1929, in *Giurisprudenza Sammarinese*, anno 1930, p. 18). E poi ancora **"la responsabilità del padre, per i danni arrecati dai figli con lui conviventi, non annulla e non sostituisce quella dei figli stessi. Detta responsabilità del padre si estende (Statuto, Lib. VI, Rub. X) fino all'importo della legittima che spetterebbe ai figli sul patrimonio del padre. Essa non ammette alcuna prova liberatoria, perché non è basata su una presunta colpa in vigilando"** (Sentenza del Giudice delle Appellazioni del 10 agosto 1931, nella causa n. 115 dell'anno 1929, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1931-1932, p.

5).

Si é anche precisato che “la Rub. X del Lib. VI delle Leges Statutae obbliga bensì il padre di rispondere per il figlio con lui convivente fino all’importo della legittima, **ma ciò esclusivamente per i danni dal figlio cagionati nei beni e non per le obbligazioni, comunque contratte, dal o per il figlio**” (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 27 febbraio 1965 nella causa n. 143, anno 1964, in Giurisprudenza Sammarinese, 1964-1969, p. 259).

Conseguentemente l’eccezione dei convenuti deve essere respinta e deve ritenersi fondata la domanda della attrice. Pertanto devono ritenersi convalidati tutti gli atti di sequestro e di diffida richiesti dalla attrice nei confronti dei due convenuti con l’iniziale istanza di citazione e accordati a suo tempo, dato che l’uno - Adalberto Sansoni - risponde in ragione della pronuncia conforme di due gradi di giudizio e l’altro - Adolfo Sansoni - in forza del disposto della Rub. X del Libro VI delle Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini, fino all’importo della legittima per il risarcimento dei danni cagionati dal figlio, con lui convivente il 7 luglio 1985, cioè al momento dei fatti per i quali è stata riconosciuta la responsabilità del figlio medesimo.

Le spese ed onorari del presente giudizio devono essere posti totalmente a carico delle parti convenute in forza della loro soccombenza e saranno liquidate, more solito, con successivo e separato decreto, dopo l’esibizione della nota analitica delle spese e degli onorari da parte del procuratore della attrice (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell’anno 1923, in Giurisprudenza Sammarinese, 1927, p. 9).

## 108.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 27 dicembre 1993.

Franchini Tassini Cesare (Avv. L. Bacciocchi) : Volpini Vincenza, Waldes e Righetti Tribiana Maria (Avv. G. Lonfernini) – Causa n. 69, anno 1993.

**Proprietà – “Actio spoli”:** Azione possessoria – Reintegrazione nel possesso – Eccezione.

*La reintegranda è azione provvisoria il cui scopo, riassunto nella massima “spoliatus ante omnia restituendus”, è quello di reintegrare lo spogliato nel possesso del bene, senza discutere se abbia diritto o no al possesso dello stesso.*

*L’eccezione che lo spoglio non è stato posto in essere vi vel clam non consente, in generale, di accordare l’azione di reintegrazione nel possesso.*

---

## FATTO

Con istanza depositata il 4 marzo 1993 l’attore ha chiamato in causa i convenuti per “sentirsi: 1) ordinare l’immediata rimozione della vetrina apposta, con decreto immediatamente esecutivo nonostante gravame; 2) dichiarare che i convenuti non hanno

alcun diritto di posizionare vetrine in prossimità del muro del signor Franchini Tassini, se da ciò ne deriva turbativa del possesso. Con vittoria di spese ed onorari del presente procedimento”.

L’attore lamenta che i convenuti, confinanti con un immobile di sua proprietà, distinto al foglio 29, n. 152, e che esercitano attività commerciale di cartoleria-edicola, utilizzando una parte del suolo pubblico per esporre merci e locandine, hanno “apposto una vetrina fissa, distante circa 25-30 cm dal muro di esclusiva proprietà dell’ attore medesimo”, senza alcuna autorizzazione da parte dello stesso attore.

Assume pertanto che la vetrina costituisce una turbativa del suo possesso “non solo perché ne riceve danno estetico, ma di fatto gli viene impedito di poter effettuare qualsiasi opera di manutenzione di detta porzione di facciata”, concludendo che la vetrina deve essere rimossa: ha instaurato pertanto l’ *actio spolii*.

In applicazione del § 326 della Rub. XLII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, a rischio e pericolo della parte istante e senza alcuna cognizione di giudizio, siccome è prescritto, con decreto del 16 marzo 1993, è stato ordinato ai convenuti di reintegrare l’istante nel possesso fino a che non sarà stato discusso e giudicato sui diritti di entrambe le parti, poiché con l’istanza stessa si deve ritenere che è già stata mossa lite.

Costituitisi i convenuti hanno opposto che “non hanno mai occupato o detenuto il possesso del muro e neppure hanno recato nocumento alla proprietà Franchini”, chiedendo un immediato sopralluogo.

Dal suddetto sopralluogo risulta che “il manufatto in questione é costituito da una vetrina, collocata a 37 cm. dal muro di proprietà dell’ attore, per tutta la lunghezza del muro” stesso. Il manufatto “é sostenuto da una trave in metallo che appoggia sul suolo pubblico e sul pavimento del terrazzo soprastante, di proprietà dei convenuti”. La vetrina “è sospesa da terra per circa 32 cm ed è distante dal terrazzo per circa 60 cm”.

I convenuti oppongono inoltre che, per quanto riguarda il suolo pubblico, esiste regolare concessione amministrativa e che la vetrina non è stata costruita in forme di “impossessamento né violento né clandestino del muro di proprietà del Franchini” e che pertanto non può applicarsi l’*actio spolii*. Concludono chiedendo la revoca dell’ordine di rimozione.

Riprodotta la citazione nell’interesse dell’attore, che ha insistito nelle sue richieste, integrato il contraddittorio, ribadita la sommarietà della procedura, ai soli fini di completamento della istruttoria, già iniziata con il prescritto atto di accesso, è stato aperto un termine di prova, e dopo il suo decorso, è stato accordato il termine ad allegare.

La causa è poi stata irrotolata, posta *pro servato*, e trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto la procura della parte attrice ha così concluso: “si richiede che S.S. Ill.ma il Commissario della Legge, con l’emananda decisione, voglia confermare il Decreto emesso il 16 marzo 1993 e far dare pratica esecuzione all’ordinata rimozione del manufatto di cui si tratta. Le spese e gli onorari di questa fase di giudizio seguono la soccombenza e vanno pertanto posti a carico dei convenuti”.

Nell’ interesse dei convenuti il procuratore ha così concluso: “chiediamo che il Magistrato voglia - revocato il suo Decreto del 15 marzo 1993 - sentenziare che Righetti Tribiana, Volpini Waldes e Volpini Vincenza hanno diritto di porre la vetrina laddove ora si trova non potendosi ravvisare in questo alcuna violazione dei diritti del Franchini



non subendo lo stesso alcun danno, spossessamento, occupazione della sua proprietà. Il tutto con vittoria delle spese”.

## DIRITTO

1) L'attore ha promosso l'*actio spoli* nei confronti dei convenuti, e, chiedendo l'immediata rimozione di un manufatto, adduce turbative di possesso. Si deve quindi ritenere che ha proposto l'azione per cui, a tenore del § 326 della rub. XLII - *Quod in causa restitutionis seu reintegrationis possessionis, summarie procedatur* - Che in causa di restituzione o reintegrazione di possesso, si proceda sommariamente - del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, i Magistrati “teneatur [...] expulsum de possessione praedicta in tenutam reponere sine aliqua iudiciali cognitione, et eundem in possessione manutenerere, quosque discussum fuerit, et iudicatum de iuribus partium” - “siano in obbligo di reintegrare nel possesso l'espulso, senza alcuna cognizione di giudizio, e di mantenerlo in possesso fino a che sarà stato discusso e giudicato dei diritti delle parti”.

Nel presente giudizio è stata esercitata una azione possessoria, nella quale si deve procedere in via sommaria, secondo quanto è previsto dalla norma statutaria allegata. Tale norma, proprio per la sua specialità, non è abrogata dall'art. 21 della Legge 19 gennaio 1989, n. 5, cioè dalle nuove “Disposizioni in materia di procedura civile e di esecuzione” perchè non costituisce una norma, o una disposizione “contrastanti con essa” Legge.

2) Sostiene l'attore che l'*actio spoli* è “un rimedio possessorio che, nella sua raggiunta compiutezza, tende a far ritornare, mediante un giudizio sommario, nel possesso di una cosa mobile o immobile colui che ne sia stato privato con violenza o occultamente”, e che in questa forma si aggiungerebbe, come *interdictum momentariae possessionis*, agli interdetti *unde vi* e *de vi armata*. Allega in proposito la definizione di Jacopo Cuiacio (cfr. *Opera*, IX, ed. Prato 1834, coll.1671-1579) ove è soltanto detto che “*spoliatus ante omnia restituendus. Haec restitutio appellatur momentaria possessio*”, cioè che questa restituzione forzata si definisce, o meglio si qualifica, come un possesso momentaneo, certamente non come un interdetto.

I convenuti pertanto, secondo le pretese dell'attore, sarebbero coloro che hanno spogliato - gli *spoliatores* del diritto comune - l'attore del legittimo possesso della facciata esterna del muro della sua casa, che fronteggia il suolo pubblico, sotto il terrazzo dei convenuti, costruendo, a trentasette centimetri di distanza, una vetrina sospesa.

L'attore, al contrario, sarebbe colui che è stato spogliato, cioè colui “*qui vi, vel clam a quocumque privato, sive iudice extraiudicialiter, et non servato iuris ordine de possessione alicuius rei, seu iuris est eiectus, aut alias iniuste privatus seu spoliatus*” - “che con la forza o in forme occulte da un qualunque privato o al di fuori di un giudizio del giudice, e senza essere stata osservata la regolare procedura, è stato scacciato dal possesso di qualcosa o di un diritto, o altrimenti è stato privato o spogliato” (cfr. L. Ferrari, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica*, tom. VII, p. 234, nu. 2).

Per principio generale dunque “*possessione sua nemo inauditus est spoliandus, quamvis illa dicatur iniusta*” - “dal proprio possesso nessuno può essere spogliato senza difesa, sebbene quel possesso possa essere ingiusto” (cfr. L. Ferrari, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica*, tom. VI, p. 257, nu. 1). Ne deriva che si devono applicare rimedi

*specifici “primo scilicet ut spoliatus ante omnia instituat in pristinam possessionem, ita ut spoliator volens agere, aut probare proprietatem rei ablatae, non sit audiendus, nisi prius rem ablatam restituerit, [...] Et secundus ut spoliatus restituatur ad totam causam, id est non solum in pristinam possessionem liberam, ut antea [...] sed etiam ad omne id, quod ibi amisit, licet ad spoliationem nihil pervenerit [...] et hoc iuremerito spoliationis” - “in primo luogo che colui che è stato spogliato prima di ogni altra cosa sia istituito nel precedente possesso, così colui che ha eseguito lo spoglio volendo agire o provare la proprietà della cosa tolta, non può essere ascoltato se la cosa non è stata prima restituita [...] In secondo luogo che lo spogliato sia restituito in tutta la causa, cioè non solo nel libero precedente possesso, come prima [...], ma anche in tutto ciò che da quel momento ha perduto, sebbene nulla sia pervenuto allo spoglio [...] e ciò in conseguenza dello spoglio”*

**3) Si deve poi premettere che secondo la giurisprudenza nessuno può “fare opere che pregiudichi il libero passaggio sulle strade (o pubbliche o private) sotto la pena di risarcire i danni, di rimettere le cose nel pristino stato o di compiere le opere necessarie per evitare inconvenienti”. E poi la stessa giurisprudenza continua affermando che “per fare osservare le suindicate disposizioni può ricorrersi o alle azioni possessorie o a quelle petitorie nonché alle azioni speciali (*de damno infecto, de iniuria, de vi armata, de interdicto restitutorio*, ecc.) che secondo i casi, tornano esperibili”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 14 marzo 1963, nella causa n. 391 dell’anno 1960, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1965, p. 245).

**Eccepisce però fondatamente il procuratore dei convenuti che in data 20 maggio 1992 è stato regolarmente approvato dalla Commissione Tecnica Edilizia un progetto di vetrina per “esposizione straordinaria”, che dai documenti prodotti negli atti di causa risulta che deve avere le misure di m 1.70 x 2.00, cioè occupare in altezza un area totale di mq 3.40. Tale vetrina é costituita da un manufatto che insiste sul suolo pubblico. A nulla rileva in questa sede di contenzioso civile se l’esecuzione è conforme a progetto o meno; rileva invece che nella approvazione rilasciata dalle competenti autorità, si é tenuto in debito conto che il progetto approvato lascia costruire sul suolo pubblico una vetrina fissa per “esposizione straordinaria”.**

**Da questo punto di vista il ricorso alle azioni possessorie o alle azioni speciali da parte dell’attore non trova alcun fondamento, perchè i convenuti, muniti di opportuna autorizzazione amministrativa, potevano porre in essere il manufatto che insiste sul suolo pubblico.**

Un tale accertamento è possibile non solo perchè è stato richiesto dall’attore, ma anche perchè va verificato se la “regula illa spoliatus ante omnia est restituendus, fallit in aliquibus casibus [...] quando notorium est, quod proprietatem rei spolio ablatae non pertineat ad ipsum spoliatum, sed ad spoliatores” - “la regola che colui che è stato spogliato prima di tutto deve essere restituito nella sua situazione, in alcuni casi inganna [...] quando è noto che la proprietà della cosa sottratta con lo spoglio non appartiene allo stesso che ha subito lo spoglio, ma a colui che ha posto in essere lo spoglio” (cfr. L. Ferrari, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica*, tom. VII, p. 236, nu. 13-15).

**4) In conseguenza delle richieste autorizzazioni delle competenti autorità trova poi fondamento anche l’eccezione che lo spoglio non è stato posto in essere vi vel clam da parte dei convenuti. Le due singole situazioni costituiscono i due elementi essenziali, anche ricorrenti solo alternativamente, per accordare in generale l’azione di reintegrazione nel possesso a seguito di uno spoglio.**

*E' anche vero però che la situazione di violenza e di clandestinità è prevista soltanto dalla dottrina del diritto comune, non dalla prescrizione statutaria, quale risulta dal dettato dei §§ 325 e 326.*

*Secondo tali norme statutarie è sempre consentito invece procedere sommariamente in una causa di restituzione o reintegrazione di possesso "di qualche immobile", quale è quella iniziata dall'attore nella sua condizione di "espulso". Anzi a stretto rigore lo spogliato - l'attore - deve essere mantenuto nel possesso soltanto "quousque discussum fuerit et iudicatum de iuribus partium" - "finché sarà stato discusso e giudicato dei diritti delle parti", cioè finché non sia stato proposto e risolto il giudizio petitorio.*

*Non esistono poi problemi sul fatto che l'espressione statutaria del § 325 - "res alicuius immobilis intrare vel ipsam rem detinere, vel aliquo modo occupare" - "entri in possesso di qualche immobile o lo ritenga, o in qualche modo lo occupi" - comprenda anche tutti i diritti derivanti dal bene immobile, cioè quanto lamentato dall'attore, come è "ogni e qualsiasi opera di manutenzione di detta facciata". E' detto infatti dallo statuto che "illa possessio, detentio vel occupatio, vel pignoratio nullo modo prejudicet vero dominio" - "quel possesso, detenzione, od occupazione [...] non pregiudichi in verun modo il vero padrone" -, cioè è protetta ogni situazione soggettiva nella quale versi il dominus, che deve essere giudizialmente reintegrato nel possesso.*

*Ma è proprio a questo proposito, che i convenuti eccepiscono opponendo la legittimità del loro comportamento e allegando una decisione per cui è riconosciuto il "diritto di per sé illimitato del proprietario di costruire in contiguità o aderenza al muro dell'edificio costruito dal proprietario vicino sul confine, o anche di appoggiare il proprio edificio al muro del vicino chiedendone la comunione" (cfr. Sentenza del Giudice delle Appellazioni Civili, del 18 aprile 1968 nella causa civile n. 399 dell'anno 1966, in Giurisprudenza Sammarinese, 1964-1969, p. 208).*

*Una tale eccezione ripropone anche in questa fase di giudizio, cioè nel giudizio possessorio, la già allegata eccezione, che, proprio come fallentia è opponibile anche allo spogliato o espulso, per cui quod proprietatis rei spolio ablatae non pertineat ad ipsum spoliatum, sed ad spoliatores.; Il provvedimento di reintegrazione nel possesso richiesto dall'attore, dopo la necessaria cognizione di giudizio che segue alla sua emanazione inaudita altera parte, anche in via sommaria come è prescritto, non trova i necessari presupposti.*

*In questo medesimo senso è stata sollevata anche l'eccezione che la distanza di 37 cm dal muro, intenzionalmente lasciata dai convenuti nell'esecuzione del manufatto, sia più che sufficiente alla manutenzione del muro stesso. Anche questa eccezione, che investe sempre l'esercizio del diritto del quale l'attore si ritiene spogliato, trova un fondamento oggettivo, come è risultato in sede di accesso, ove la distanza è stata determinata e accertata.*

*E' pertanto da accogliersi soltanto la domanda di revoca del decreto 15 marzo 1993 proposta dai convenuti.*

*Le spese del presente giudizio seguono il principio della soccombenza e sono totalmente a carico dell'attore e saranno liquidate, more solito, con successivo e separato decreto, dopo l'esibizione della nota analitica delle spese e degli onorari da parte del procuratore dei convenuti (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell'anno 1923, in Giurisprudenza Sammarinese, 1927, p.9).*

**109.**

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 3 gennaio 1994.

Meloni Attilio (Avv. L. Lonfernini) : Meloni Adele, Maria e Ghiotti Adele Virginia (non comparse), causa n. 144, anno 1992.

**Proprietà – Usucapione – Prescrizione acquisitiva.**

*L'usucapione è il conseguimento del dominio mediante la perpetuazione del possesso, per un tempo dalla legge prefissato, in buona fede, con giusto titolo, senza soluzioni di continuità.*

---

**FATTO**

Con atto di citazione in data 9 luglio 1992 il signor Meloni Attilio ha convenuto avanti a questo Tribunale gli aventi causa delle signore Meloni Adele, Meloni Maria e Ghiotti Adele Virginia per sentirli “pronunciare dichiarazione che i beni immobili, descritti in premessa, sono di esclusiva proprietà di Meloni Attilio”, chiedendo anche che l'atto di citazione fosse notificato *ad valvas Palatii* essendo ignoti gli eredi delle citate signore e dunque ignoto il domicilio o residenza degli stessi.

Esponeva l'attore di essere proprietario, detenendone il possesso, di fabbricato rurale e terreno sito in località Cà Melone, distinti rispettivamente nel Catasto Fabbricati al foglio di mappa 19, coi numeri 55 sub. 1, cat. A/5, cl. 3, v.u. 3, RC £. 3.600=, 55 sub. 2, cat D/7, RC. £. 1.260=, e nel catasto terreni al foglio di mappa 19 coi numeri 51, ha. 1.12.10.=, RD £. 14012, RA L. 9641, RL £. 35536=, e 52 di ha. 0.41.80, RD £. 6772, RA £. 4514, RL £. 15466=, i quali sono a lui pervenuti a seguito della morte del padre Meloni Francesco ed a seguito di cessioni effettuate dai fratelli, dalle sorelle e dalla madre. La posizione delle sorelle Meloni Adele e Meloni Maria e dalla madre Ghiotti Emilia, “nonostante fosse stata sistemata ai fini economici con l'acquisto delle quote immediatamente dopo la morte del padre (anno 1933) non è mai stata formalizzata con atto legale di trasferimento. Ora il Meloni si trova nella impossibilità di recuperare direttamente i suoi diritti in quanto le sorelle e la madre, da molto tempo sono decedute, ed i loro discendenti non residenti in territorio sammarinese, non è dato conoscere né la loro esistenza in vita né la loro residenza”. Afferma l'attore di avere il possesso dei descritti immobili da oltre sessant'anni, avendone curato l'ordinaria e straordinaria manutenzione e pagato i relativi tributi, e di conseguenza chiede che venga a lui riconosciuta la piena ed esclusiva proprietà degli stessi. Precisa di essere catastalmente intestato degli immobili di cui è causa per i 32/35.

Si procedeva alla notificazione dell'atto di citazione mediante pubblicazione *ad valvas Palatii* e sul Bollettino Ufficiale, come pure dei decreti di apertura dei termini di prova e del termine ad allegare, senza che i convenuti si costituissero.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza della procura attrice documenti e testi.

Aperto il termine ad allegare la procura attrice ha depositato le proprie memorie conclusionali.

All'udienza del 9 dicembre 1993 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo veniva posto in *pro servato*.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso chiedendo "di confermare con la sentenza quanto richiesto con l'atto introduttivo e cioè che i beni immobili, distinti al catasto Fabbricati al foglio di mappa 19, coi numeri 55 sub. 1, cat. A/5, cl. 3, v.u. 3, RC £. 3.600=, 55 sub. 2, cat D/7, RC. £. 1.260=, e nel catasto terreni al foglio di mappa 19 coi numeri 51, ha. 1.12.10.=, RD £. 14012, RA £. 9641, RL £. 35536=, e 52 di ha. 0.41.80, RD £. 6772, RA £. 4514, RL £. 15466= sono in piena ed esclusiva proprietà e possesso di Meloni Attilio, ordinando alla Conservatoria dei Registri Immobiliari di provvedere alla trascrizione ed all'Ufficio del Catasto alle relative volture".

### DIRITTO

1. Si deve in primo luogo dichiarare la contumacia dei convenuti, non comparso nonostante la regolarità della notifica della citazione e dei decreti di apertura dei termini di prova e ad allegare.

*La notificazione dell'atto di citazione ai convenuti forensi che non si trovano nel territorio della Repubblica è disciplinata dalla Rubrica III del Libro II delle Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini, la quale dispone: "che se il convenuto (sia cittadino sia forastiero) si trovi nel territorio della Repubblica venga citato a mani proprie (personaliter) o nella solita sua abitazione (domi eius solitae habitationis); che se il convenuto (cittadino o forastiero) non si trovi nel territorio della Repubblica (e quindi non possa essere citato nè <<personaliter>> nè <<domi>>) venga citato ad valvas Palatii ubi ius redditur e cioè affiggendo la citazione (per due volte ove non comparisca a seguito della prima affissione) alla porta del Palazzo Pretorio ed accordando, per la comparizione, un congruo termine <<considerata distantia loci habitationis ipsius rei, ita quod citatio ipsa ad notitiam conventi, et rei citati vero similiter possit pervenire et idem reus commode possit comparire>>. Inoltre, l'art. 3 del Decreto 31 gennaio 1924 n. 3 aggiunge che della avvenuta citazione ad valvas debba darsi notizia con inserzione sul Bollettino Ufficiale" (sentenza del Commissario della Legge in data 4 aprile 1951, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 252 s. Nello stesso senso cfr. la sentenza del Commissario della Legge in data 1 agosto 1944, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 162).*

Nella specie l'atto di citazione è stato notificato per due volte *ad valvas Palatii* e ne è stata ordinata l'inserzione sul Bollettino Ufficiale della Repubblica, per cui il contraddittorio è stato regolarmente instaurato, nonostante la contumacia dei convenuti.

2. L'attore esperisce la presente azione al fine di vedersi riconosciuto l'acquisto della proprietà sui rimanenti 3/35 (essendo egli già proprietario per i 32/35) dei beni immobili distinti al Catasto dei Fabbricati al foglio di mappa 19, coi numeri 55 sub. 1, cat. A/5, cl. 3, v.u. 3, RC £. 3.600=, 55 sub. 2, cat D/7, RC. £. 1.260=, e nel catasto terreni al foglio di mappa 19 coi numeri 51, ha. 1.12.10.=, RD £. 14012, RA £. 9641, RL £. 35536=, e 52 di ha. 0.41.80, RD £. 6772, RA £. 4514, RL £. 15466=, avendo egli posseduto ininterrottamente gli stessi per circa sessanta anni.

Trattasi di una azione nei confronti degli eredi delle sorelle e della madre diretta all'accertamento dell'acquisto della proprietà a titolo originario per usucapione.

3. *L'usucapione è un modo di acquisto della proprietà a titolo originario, che si affermò nel diritto romano al fine di ovviare ai vizi del titolo di acquisto: venne così imposto un limite di tempo, decorso il quale chi aveva acquistato in circostanze meritevoli di protezione, ed aveva poi continuato a tenere la cosa, ne diveniva proprietario. Tale forma di acquisto, integrando le deficienze di qualsiasi precedente atto di trasmissione, tornava a vantaggio anche degli acquirenti successivi, per i quali l'obbligo di provare la legittimità dei precedenti trapassi si arrestava al punto dove fosse dimostrato avere taluno goduto la cosa per il tempo sufficiente. Nel diritto giustiniano, il nome di usucapio è dato normalmente al solo acquisto del mobili, che si compie in tre anni; si chiama invece praescriptio longi temporis l'acquisto degli immobili, che si compie in dieci anni inter praesentes (se cioè il proprietario e l'immobile da altri posseduto sono nella stessa località), in venti inter absentes.*

*I requisiti della usucapione e della prescrizione giustiniana sono i seguenti: res habilis, titulus o iusta causa usucapionis (che è una situazione giuridica oggettiva che per se stessa giustificerebbe l'acquisto immediato della proprietà, ma per insufficienza formale dell'atto di trasmissione o attribuzione, o per difetto di diritto del trasmittente vale soltanto ad iniziare l'usucapione), bona fides (che è la persuasione al momento iniziale dell'usucapiente di non ledere col suo possesso il diritto altrui), possessio (la signoria ininterrotta dell'usucapiente sulla cosa) e tempus.*

*Qualora mancasse taluno di tali requisiti, in particolare la giusta causa, non poteva farsi luogo ad usucapione, ma un rescritto di Costantino introdusse la longissimi temporis praescriptio, che si compiva prima in 40 anni, poi di regola in 30, ma in 40 se a danno dello Stato o della Chiesa. Tale prescrizione era esclusa solo qualora le cose fossero state sottratte violentemente. Perché tuttavia si potesse rivendicare l'immobile contro l'antico titolare che ne fosse tornato in possesso o perché l'acquirente di chi aveva prescritto potesse invocare la prescrizione compiutasi presso il suo dante causa occorre la buona fede iniziale cfr. C. 7, 39, 3, 4 e 8, ove sono riportate, rispettivamente, una costituzione degli imperatori Onorio e Teodosio, Anastasio e Giustiniano).*

*La dottrina del diritto comune ripete la configurazione assunta dall'istituto nel periodo giustiniano. Si fa osservare che "la usucapione altro non è che l'acquisto del dominio mediante l'uso; e quindi una aggiunta (adiectio) od il conseguimento (adeptio) come dice Ulpiano, del dominio mediante il possesso continuato per un tempo prefinito dalla legge. [...] Per la usucapione richiedesi principalmente il giusto titolo, la buona fede, che la cosa non sia viziata, che il possesso non sia stato interrotto durante il periodo di tempo prefinito dalla legge, e di più, che non ci sia errore di diritto, conciossiachè questo in fatto di usucapione non giova mai al possessore, nemmeno alle femmine, essendo anche in tale materia riprovato che tale errore torni utile a chi vuole ritrarre vantaggio" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. XLI, tit. III, n. 1 e 3. Cfr. nello stesso senso T.M. RICHERI, *Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, Lib. II, tit. IV, § 1777 e 1830 ss., ove aggiunge: "bona fides et iustus titulus pertinent ad initium et iustitiam usucapionis; continuata vero possessio ad eiusdem complementum").*

*Anche gli autori del diritto comune ammettono, relativamente ai casi in cui non può aversi l'usucapione per difetto di taluno dei requisiti, la longissimi temporis praescriptio, chiarendo che i diritti "possono tuttavia prescriversi nel periodo di quarant'anni, essendo in generale stato determinato che non possa esercitarsi verun diritto privato o pubblico per qualunque causa o per riguardo a qualunque persona,*

*to sto ch  sia rimasto perento con un silenzio non interrotto pel corso di quarant'anni" (J. VOET, op. loc. cit., n. 21. Cfr. anche T.M. RICHERI op. cit. Lib. II, tit. V, § 2024 ss.: "tricenariam inter et quadragenariam praescriptionem distinctio nititur constitutione Imperatoris Anastasii, qui plenissimam securitatem promittens ex praescriptione, quadragenariam unice commemorat: sed de tricenaria aperte loquuntur Honorius et Thodosius, atque eandem vim ipsi tribunt"). Con pi  precisione, riguardo la longissimi temporis praescriptio si fa osservare: "uti autem iure civili ad longissimi temporis triginta vel quadraginta annorum praescriptionem neque iustus titulus concurrere debuit, neque bona fides, sed solius temporis praestituti lapsus suffecit, ita quoque ad statutariam longissimi temporis aut trientis seculi praescriptionem implendam nec titulum nec bonam fidem requiri verius est, magisque id unum spectari, an quis tanto temporis spatio in quieta fuerit ac continuata possessione, vel quasi, atque adeo ad acquirendum corporalium rerum dominium nulla toto illo tempore, quo alienas possedit animo sibi habendi, passus sit a domino vero turbationem, nec eum ullo facto agnoverit ut dominum" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. 44, tit. III, n. 9). La novit  pi  rilevante rispetto al diritto romano   dunque costituita dal fatto che si prescinde dalla buona fede iniziale del possessore per l'acquisto della proprietà.*

*La giurisprudenza sammarinese ha recepito tali principi. Cos    stato affermato, con riferimento anche alla prova: "La dimostrazione della propriet  sia originaria che derivativa, pu  darsi "vel testibus, vel instrumentis vel quibuscunque legitimis probandi modis" (Voet, Ad Pand. Libro VI, tit. 1, n. 24 - Richeri, Univ. Jurispr., Lib. IV, tit. 2, par. 130 - Novella 18, cap illud quoque 10 in princ.), e in modo che il giudicante la ritenga "concludenter probata" [...] Ora - a parte ogni discussione sulla applicabilit  della longi temporis praescriptio (ossia usucapione ordinaria in virt  della quale chi possiede in buona fede una cosa mobile per tre anni, un immobile per dieci anni tra presenti, per venti tra assenti, ne acquista la propriet ) -   certo che torna applicabile la longissimi temporis praescriptio (quarantennale per i beni della Chiesa, del principe e delle cose litigiose e trentennale per le altre cose), la quale, dopo Giustiniano (Codice, Lib. VII, tit. 39, l. 8) serv  non solo come mezzo per respingere l'azione di rivendicazione ma come modo per fare acquistare la propriet . Per tale prescrizione o usucapione straordinaria non si richiede il titolo. E' controverso se sia richiesta la buona fede iniziale [...] La maggioranza degli interpreti la escludono" (Sentenza del Commissario della Legge in data 6 settembre 1919, in Giur. Samm., 1929, p. 13).*

3. L'esame degli atti consente di affermare che effettivamente il signor Meloni Attilio ha acquistato la propriet  dei residui 3/35 dei beni immobili di cui   causa per effetto della intervenuta prescrizione acquisitiva o usucapione straordinaria.

Dalle testimonianze dei signori Selva Livio e De Angelis Pietro, escussi entrambi all'udienza del 29 aprile 1993, risulta infatti che l'attore da oltre trenta anni ininterrottamente provvede direttamente e personalmente alla conduzione dei terreni di cui   causa, esercitando la signoria di fatto sui beni in questione corrispondente al possesso.

Non possono essere invece presi in esame da questo Giudicante i documenti prodotti, e relativi al pagamento dei tributi sui beni di cui   causa, in quanto non risultano essere in regola con le imposte di bollo e di registro, e pertanto trova applicazione il disposto degli artt. 14 e 15 della legge 29 ottobre 1981 n. 86 e dell'art. 59 della legge 29 ottobre 1981 n. 85.

In conclusione deve essere dichiarato che i beni immobili di cui è causa sono di esclusiva proprietà del signor Meloni Attilio, per avere questi acquistato a titolo originario per usucapione i 3/35 degli stessi.

La trascrizione della presente sentenza nei registri immobiliari è onere da porsi a carico della parte attrice, così come la richieste delle relative volture all'Ufficio del Catasto.

Si ritiene infine doveroso disporre che la presente sentenza sia notificata ai convenuti mediante affissione *ad valvas Palatii* e riproduzione del dispositivo sul Bollettino Ufficiale della Repubblica.

### 110.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 4 gennaio 1994.

B. A., per la minore figlia D. (Avv.ti G.L. e G.N. Berti) : R. W., per il minore figlio L. (Avv. G.M. Marcucci) : S.p.a. Aurora Assicurazioni (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 312, anno 1990.

#### **Assicurazione facoltativa – Rischio da responsabilità civile – Opponibilità al terzo danneggiato.**

*Il contratto volontario di assicurazione, stipulato in piena autonomia delle parti, è opponibile, dalla società assicuratrice, al terzo danneggiato, ai fini del risarcimento del danno, poiché si verte in regime di circolazione di veicoli per i quali l'assicurazione è prevista come obbligatoria.*

---

### FATTO

Con istanza depositata il 26 novembre 1990 l'attore, quale padre esercente la patria potestà sulla minore D., ha chiamato in giudizio i convenuti per "sentirsi condannare in solido alla rifusione dei danni materiali alla persona e alle cose ed ogni danno morale, biologico e della salute, da determinarsi in corso di causa nella precisa entità, sulla base di elementi peritali medico legali ed altro, con interessi e rivalutazione monetaria, rimborso della rivalsa Iss e quant'altro, con condanna altresì al pagamento delle spese ed onorari di causa". Chiede inoltre di essere autorizzato a stare in giudizio in nome e per conto della minore.

Assume infatti l'attore che la minore D., il 27 novembre 1988, in località Costa del Bello a Serravalle, é rimasta vittima di un sinistro stradale causato dal minore W.R., che era alla guida di un motociclo Vespa 50 e, in conseguenza del sinistro, ha riportato gravi lesioni alla persona e al motociclo.

Assume inoltre l'attore che il minore W.R., nel procedimento penale n. 1241 dell'anno 1988, è stato condannato per il reato di lesioni colpose procurate alla minore D.B., con esclusione di ogni concorso di colpa, con sentenza del 15 dicembre 1989, confermata in appello l'11 aprile 1990.

Assume infine che il minore convenuto non ha posto in essere nessun risarcimento del



danno, neppure a seguito di polizza assicurativa n. 000323177 dell'Aurora Assicurazioni s.p.a., sottoscritta presso l'Agenzia di San Marino.

Autorizzati entrambi i genitori a stare in giudizio nell'interesse dei due minori, attrice e convenuto, riprodotta la citazione, si è costituito personalmente il minore, che però è stato invitato a munirsi di difensore. Si è anche costituita la convenuta Aurora Assicurazioni s.p.a. eccependo immediatamente che "la Compagnia non è tenuta ad alcun obbligo nei confronti dell'assicurato o sui danneggiati, in quanto" il convenuto R. "ha messo in atto una grave alterazione del mezzo assicurato, tale da non rientrare nella categoria originaria". Conclude pertanto chiedendo la sua estromissione dal giudizio.

Si è poi costituito il padre esercente la patria potestà del minore R.; nel primo termine di prova la parte attrice ha depositato documenti sull'ammontare del danno subito. La stessa parte conclude poi chiedendo un risarcimento che complessivamente ammonta alla somma di £.83.633.423=, così ripartita 37.032.318= per danni materiali, danno morale e biologico £.30.000.000=, rimborso spese mediche, viaggi, assistenza di familiari £.9.640.950=, rivalsa dell'Istituto per la Sicurezza Sociale £.6.933.225=.

Nel secondo termine di prova è stato allegato temporaneamente agli atti di causa il fascicolo penale contro il sig. W.R., imputato di contravvenzione per guida fuori mano e lesioni colpose nei confronti dell'attrice D.B., per il quale oggi è causa civile per risarcimento di danni. Risulta che S.S. il Commissario della Legge con sentenza depositata il 22 gennaio 1990 ha dichiarato "l'imputato colpevole dei reati ascrittigli, senza concorso di colpa penalmente rilevante per la parte lesa. Pertanto [...] lo condanna [...] al risarcimento del danno da liquidare in altra sede, salvo una provvisoria di £.12.000.000=".

Infatti è stato motivato che "non sembra possano esistere dubbi sulla responsabilità del R. in ordine ai reati per i quali è stato tratto a giudizio (non gli è stata contestata la guida a velocità eccessiva e pericolosa la quale però è elemento costitutivo di colpa specifica). Da qui la responsabilità anche per i danni cagionati, e l'obbligo di risarcirli".

Risulta poi, che "veniva altresì accertato che W.R. aveva aumentato a cc. 90 la cilindrata del ciclomotore e montato un carburatore 16/10 cc., anch'esso maggiorato" e che il veicolo è stato individuato negli atti penali come "ciclomotore Piaggio Vespa 50 telaio n. 3128". La sentenza è stata confermata dal Giudice di Primo grado per le cause penali ordinarie e di Appello per quelle sommarie con sentenza depositata l'11 aprile 1990.

Decorsi inutilmente i termini reprobatori, nel successivo termine di controprova è stata eseguita perizia medico-legale "per valutare il danno alla persona e nella sua varia natura riportato dalla suddetta minore nel sinistro stradale del 27 novembre 1988" e dalla quale risulta che "le lesioni subite dalla sig.na B. a seguito dell'incidente del 27 novembre 1988 sono clinicamente guarite con presenza di postumi da quantificarsi in: invalidità temporanea gg. 100; invalidità temporanea parziale gg.100; invalidità permanente 6 %; danno estetico 4 %".

Aperto il termine ad allegare e depositare le memorie conclusionali, la causa è stata irrotolata, posta pro servato e trattenuta per la decisione.

Il procuratore delle parti attrici nelle finali allegazioni in diritto ha così concluso: "si chiede che S.S. il Commissario della Legge, ogni contraria eccezione rimossa e respinte le richieste della Aurora Assicurazione s.p.a. per le motivazioni sovra esposte, condanni in solido i signori R.W. e la Aurora Assicurazioni s.p.a. al pagamento in favore della attrice B.D., a titolo di risarcimento del danno delle seguenti somme per le rispettive causali: £.37.032.318= a titolo di capitalizzazione anticipata per invalidità permanente

pari all'11 % [...]; £.120.000.000= a titolo di danno morale (pretium doloris) e biologico (danno alla salute ed alla vita di relazione) [...]; £.9.640.950= a titolo di rimborso spese mediche assistenza varia di familiari e viaggi [...]; £ 6.960.225= a titolo di rivalsa Iss: totale generale £.173.633.493=; con gli interessi legali, la rivalutazione conseguente a svalutazione monetaria, pari al 30 % circa e con condanna altresì dei convenuti in solido al pagamento delle spese e degli onorari tutti, anche peritali, del presente giudizio [...] Chiede [...] che sia ordinato il pagamento della provvisoria [...] nonostante gravame alla sentenza, emessa in questa fase del giudizio civile, e che sia disposto altresì il pagamento delle spese ed onorari di parte civile di due gradi del processo penale, nella complessiva somma di £.2.650.000=”. Precisa analiticamente le spese e gli onorari in £.12.280.000=.

Il procuratore del convenuto minore W.R. ha concluso chiedendo di “a) accertato e dimostrato il concorso di colpa della B.D., nella percentuale minima del 40 % o in quella diversa misura che il giudice vorrà liquidare in via equitativa; b) respingersi in toto la quantificazione del danno così come verrà richiesta da parte attrice, in quanto non provata e non correttamente quantificata. In subordine al punto b) accertato e dimostrato il danno patito in conseguenza dell’ incidente stradale de quo nella complessiva somma di £.21.617.337= (così suddivise: spese sostenute £.5.507.550=, danno biologico £.15.109.787=, danno morale £.1.000.000=) cui devono sottrarsi £.8.846.934= (pari al 40% a seguito di concorso di colpa della parte attrice, o in quella diversa misura che il giudice vorrà liquidare in via equitativa); c) confermarsi condanna in capo alla Compagnia Assicurazioni Aurora che ha manlevato da ogni responsabilità il R. a seguito dell’intervenuto contratto di Assicurazione; in subordine al punto c) condannare l’Aurora Assicurazioni in solido al R.; d) condannarsi parte attrice al rimborso delle spese, competenze ed onorari, in proporzione all’accoglimento delle sopraesposte conclusioni inoltrate da liquidarsi con apposito e successivo decreto”.

Il procuratore della convenuta Aurora Assicurazioni s.p.a. ha concluso chiedendo di respingere la richiesta di risarcimento dei danni nei suoi confronti “in quanto l’attore non ha alcuna legittimazione per avanzare tale pretesa”. Inoltre richiede di “respingere la richiesta della parte attrice nei confronti della s.p.a. Aurora Assicurazioni. In entrambi i casi attribuire all’attore il pagamento delle spese di giudizio di parte Aurora Assicurazioni, da liquidarsi anche in sentenza”. Chiede infine che “nell’eventualità che fosse mancata l’assistenza dei periti di parte, si dovrà procedere a rinnovare l’incombente nei termini idonei” per carenza di contraddittorio.

## DIRITTO

1) Si deve premettere che la responsabilità del convenuto R. discende direttamente dalla sentenza penale di condanna, per cui il presente giudizio si è aperto soltanto per determinare la misura del risarcimento del danno. In favore della attrice é già fatta salva una provvisoria di £.12.000.000=, che è da considerarsi esecutiva a sensi dell’art. 8 della Legge 31 maggio 1971, n. 21, avendone fatto richiesta nel corso del presente giudizio.

E’ però questione pregiudiziale esaminare l’eccezione sollevata dalla convenuta Aurora Assicurazioni s.p.a., sulla sua legittimazione a stare in giudizio come convenuta in forza del contratto di assicurazione sottoscritto dal sig. W.R..

Con polizza di assicurazione facoltativa per veicoli a motore n. 323177A, riguardante i

rischi da responsabilità civile, sottoscritta a San Marino il 5 agosto 1988 dal convenuto W.R., la convenuta Aurora Assicurazioni s.p.a. ha assicurato un “ciclomotore cc 50”, designato nel contratto come marca “Piaggio 50, Ciclomotore Vespa”, della “cilindrata di c.c. 50”, e di “telaio V5B3T/35813”.

Eccepisce la convenuta Assicurazioni Aurora s.p.a. che l’art. 1, ultimo comma, della Legge 26 maggio 1982, n. 52, modificando l’art. 1 della Legge 31 maggio 1971, n. 21, stabilisce che “non è obbligo di assicurazione per i ciclomotori che non siano muniti di targa di riconoscimento”. Ne consegue quindi che il rapporto assicurativo con il convenuto R. è un contratto volontario, stipulato in piena autonomia delle parti, sempre opponibile ai terzi danneggiati perché non discende dalla Legge 31 maggio 1971, n. 21 e successive modificazioni, che ha introdotto l’assicurazione obbligatoria per i veicoli a motore.

In particolare la convenuta eccepisce che il regime che deriva dal primo comma dell’art. 6 della Legge 31 maggio 1971, n. 21, e dal suo secondo comma, quale risulta modificato dall’art. 4 della Legge 26 maggio 1982, n. 52, non le è opponibile ai fini del risarcimento del danno, proprio perché si verte in regime di circolazione di veicoli per i quali l’assicurazione non è prescritta come obbligatoria.

In conseguenza alla attrice, quale danneggiata, che ha agito direttamente nei suoi confronti per ottenere una pronuncia di solidale responsabilità, la convenuta oppone validamente eccezioni che derivano dal contratto di assicurazione, trattandosi di polizza di assicurazione facoltativa per veicoli a motore riguardante i rischi da responsabilità civile. Deduce quindi che l’attrice in questo caso non ha l’azione diretta nei confronti dell’assicuratore, che invece è legittimato ad opporre validamente al danneggiato tutte le eccezioni derivanti dal contratto di assicurazione relativa alla operatività della polizza stessa.

All’art. 1 della suddetta polizza è infatti stabilito che la convenuta Assicurazione “risponde delle somme che l’Assicurato sia tenuto a pagare a titolo di risarcimento (capitale, interesse e spese), quale civilmente responsabile ai sensi di legge, per danni involontariamente cagionati a terzi, sia per lesioni personali che per danneggiamenti a cose od animali, durante la circolazione del veicolo designato nel contratto”.

Dagli atti del processo penale, dalle sentenze di primo e secondo grado, risulta incontrovertibilmente che il veicolo che ha cagionato l’incidente, per cui sono derivate lesioni alla attrice e per le quali legittimamente si chiede il risarcimento del danno, non è quello designato nella polizza di assicurazione facoltativa per veicoli a motore riguardante i rischi da responsabilità civile n. 323177A e invocata dalla attrice stessa nell’istanza di citazione. Il veicolo condotto dal convenuto R. non si identifica con la designazione che ne è stata data nella polizza, sia per le manomissioni alle quali è stato sottoposto, sia perché non corrisponde neppure il numero di telaio rilevato negli atti penali e nella sentenza penale di primo grado.

Ne discende quindi che l’eccezione della convenuta Assicurazione Aurora s.p.a. trova valido fondamento, perché non può essere tenuta a risarcire il danno cagionato da un veicolo che non è quello designato nel contratto di assicurazione e, non essendo stata chiamata in causa dal convenuto R., deve essere definitivamente estromessa dal giudizio.

2) Si deve pertanto respingere anche quanto sull’eccezione di estromissione della convenuta Assicurazione ha dedotto il convenuto R.. E ciò anche ai fini della responsabilità delle spese che comporta la soccombenza.

Non è affatto pacifico che il contratto intervenuto tra le due parti convenute e nel quale il

Sig. R. ha regolarmente pagato i relativi premi, lo garantisca dai danni cagionati per la circolazione del motociclo da lui condotto. Anche perchè, come è stato rilevato nel giudizio di appello, la manomissione del motociclo avrebbe dovuto comportare anche la contestazione all'imputato del reato di guida senza patente". Un tale fatto è circostanza ulteriormente negativa nei confronti dell'operatività del contratto di assicurazione.

Il principio di diritto comune, allegato nelle finali memorie, "prova, in primo luogo, l'attore la sua domanda, quando l'oggetto non sia confessato" (cfr. Voet, Commento alle Pandette, lib. XII, tit.III, n.IX), che vorrebbe riconoscere nel comportamento processuale della convenuta Assicurazione una qualche manifestazione di acquiescenza alla domanda della attrice, non può essere applicato, perchè è stata ampiamente e ritualmente contestata la sua originaria chiamata in causa. In particolare l'art. 7 della Legge 31 maggio 1971, n. 21, allegato dal convenuto R., non è applicabile al caso in questione, perchè sul veicolo - motociclo senza targa - ex lege non grava l'obbligo di assicurazione per responsabilità civile.

A nulla poi rileva il fatto che si tratti di una obligatio ex delicto, come replica la parte attrice, allegando una precedente pronuncia in proposito (cfr. la Sentenza del Commissario della Legge del 13 febbraio 1991 nella causa n. 204 dell'anno 1985).

La legge - l'art. 6 della Legge 31 maggio 1971, n. 21, al suo secondo comma, quale risulta modificato dall'art. 4 della Legge 26 maggio 1982, n. 52 - consente alla convenuta assicurazione di sollevare validamente l'eccezione relativa al contratto.

E, poiché il rapporto è disciplinato da una norma di ius proprium, quale è la legge allegata in materia di assicurazione obbligatoria, non sembra possibile argomentare altrimenti in forza dei principi generali di diritto comune che discendono dalle obligationes ex delicto, contro una precisa e particolare statuizione positiva, perchè quei principi, ai quali si ricorre per completare l'ordinamento giuridico, hanno solo valore di fonte sussidiaria.

Il *damnum iniuria datum* da cui sorge l'obligatio ex delicto, da luogo ad una responsabilità extracontrattuale: ma nell'ordinamento sammarinese la responsabilità extracontrattuale derivante da circolazione di autoveicoli, è quella prevista dalla Legge 31 maggio 1971, n. 21, quale risulta modificata dalla Legge 26 maggio 1982, n. 52.

3) La perizia d'ufficio è stata richiesta dal procuratore dell'attrice nel termine di controprova: entrambe le parti hanno indicato i propri consulenti e tali atti sono stati tempestivamente notificati al perito d'ufficio con separati decreti del 7 ottobre 1992 e del 16 ottobre 1992. Il perito nominato ha depositato in atti il suo elaborato il 18 gennaio 1993. Il termine ad allegare è stato aperto il 10 marzo 1993.

E' vero che nel testo della perizia formalmente non è stato dato atto se ha avuto luogo la comunicazione dell'inizio delle operazioni peritali ai periti di parte. Ciò non toglie comunque che le suddette operazioni peritali si siano svolte nella massima regolarità, sia formale che sostanziale e, in particolare, che i periti di parte abbiano ricevuto la suddetta comunicazione.

L'eccezione nelle forme in cui è stata sollevata dalla convenuta Assicurazione non è fornita di sufficiente fondamento probatorio, quale invece poteva essere una dichiarazione del perito o dei periti di parte, presentata prima del termine ad allegare o addirittura in manica. In ogni caso, perlomeno fino all'apertura del termine ad allegare, sarebbe stato sempre possibile ammettere agli atti di causa una qualsiasi relazione redatta dai periti di parte a seguito e in contraddittorio della perizia d'Ufficio.

In tali condizioni non sembra opportuno, perlomeno in questa fase processuale,

prolungare ulteriormente i tempi del giudizio, ormai posto in decisione, non essendo dimostrato attraverso prove concrete e rilevanti, ma solo per una presunta omissione, che è stata posta in essere una carenza formale.

In ogni caso, sempre per non ritardare la fase di giudizio, è opportuno lasciare alle parti la responsabilità di far valere come gravame la carenza, usando i rimedi istituzionali dell'appello, ove, se mai si fosse realizzata ledendo il contraddittorio, può essere fatta valere attraverso le più opportune e necessarie prove.

4) Eccepisce il convenuto che il giudicato penale ai fini della valutazione del risarcimento del danno, neque nocet neque prodest. Anzi ritiene che l'attrice dovrà "soddisfare l'onere probatorio che incombe all'attore di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno".

L'affermazione, ancorché tuzioristica e quindi sul piano difensivo legittima, non può essere accolta, perchè la presunzione di colpa in base alla quale si procede, secondo l'art. 3 della Legge 6 marzo 1922, n. 13, è a favore dell'attrice che ha riportato lesioni personali colpose.

Il convenuto, che è stato condannato in un procedimento penale, perchè alla guida del ciclomotore Piaggio Vespa 50 telaio 3128 trascurava di procedere costantemente alla propria destra", nelle finali memorie non può invocare seriamente a suo favore l'eccezione dell'inversione dell'onere della prova, prescritta ex lege per il danneggiato.

E' esattamente il contrario: è il convenuto R. che, per escludere ogni responsabilità a suo carico, deve dar prova che da parte sua "si è avuta ogni cura nell'evitare che il danno si verificasse", come è prescritto dall'allegato art. 3.

Processualmente si deve osservare, anche se può sembrare ozioso, che non esiste in atti una domanda riconvenzionale del convenuto R. di risarcimento dei danni proposta nei confronti della attrice. E poi, il processo penale e le risultanze degli accertamenti svolti in quella sede, sono prova più che sufficiente anche in sede civile per concludere, come già si è concluso nella sentenza penale, che le lesioni, patite dalla attrice, sono in conseguenza dell'incidente subito e provocato dal convenuto R. alla guida del proprio motoveicolo "per colpa da inosservanza delle norme sulla circolazione stradale", o meglio per colpa "da imprudenza, negligenza e imperizia", per cui urtava il ciclomotore condotto dalla attrice.

Questo per quanto riguarda il nesso di causalità tra condotta ed evento.

5) L'attrice non ha richiesto l'accertamento dei danni derivanti dalla collisione dei due autoveicoli. L'attrice chiede che, considerata la colpa del convenuto, le sia liquidato il risarcimento del danno che gli compete, facendo così valere a proprio favore la presunzione di colpa che le deriva dal fatto di aver subito un danno in conseguenza delle lesioni riportate.

Per indicare il contenuto della colpa, naturalmente civile, basta solo ricordare che l'incidente è avvenuto nella sede stradale che l'attrice correttamente percorreva: "contro mano", per essere esatti, procedeva il convenuto R..

Né vale ai fini di una valutazione di un probabile concorso di colpa, la circostanza che il motociclo della attrice disponesse solo dell'efficienza della luce anabbagliante. Infatti quella luce era più che sufficiente per segnalare la presenza del mezzo della attrice al convenuto che sopraggiungeva "contro mano", come ha già annotato il Magistrato Penale.

In questa sede si deve anche aggiungere che il luogo dell'incidente per l'attrice si qualifica come il momento di abbordare la curva. Il suo comportamento risulta dunque

corretto, dato che è proprio con quel faro che la curva doveva essere affrontata dalla stessa attrice, onde evitare possibili abbagliamenti, come poi è prescritto dalla art. 33, § 1, alla lettera b), sub i) della Convention sur la circulation routière stipulata a Vienna l'8 novembre 1968 e vigente nell'ordinamento sammarinese, perchè ratificata con Decreto del 4 giugno 1970, n. 22.

Non siamo in presenza di un caso nel quale a causa della "collisione tra due autoveicoli ciascun conducente deve sopportare la metà dei propri danni e ottenerne il risarcimento dell'altra metà dal suo avversario" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 9 maggio 1964 nella causa n. 415 dell'anno 1963, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964-69, p. 240). Il convenuto R. procedendo, ripetiamo, "contro mano", ha realizzato un vero e proprio investimento della attrice, che ha fornito "la prova che la sua responsabilità è secondaria rispetto all'evento prodottosi" e comunque non ha in nessun modo "concorso al verificarsi di questo" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 9 maggio 1964 nella causa n. 415 dell'anno 1963, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964-69, p. 241). Va infatti affermato con fermezza che l'invasione della "semicarreggiata riservata ai veicoli procedenti in senso inverso", per di più separata da linea continua, costituisce colpa grave in caso di verificarsi di incidente con veicolo proveniente in senso inverso e che occupa la sua carreggiata.

6) La responsabilità civile del convenuto R. emerge dalla precisa circostanza di aver realizzato un comportamento illecito ponendo in essere un fatto sicuramente non voluto, e perciò colposo, inducente sul piano civile responsabilità di natura extracontrattuale.

Ed è proprio dall'aver imprudentemente e negligenemente ignorato ogni disposto, che fa espressamente obbligo di non invadere la "semicarreggiata riservata ai veicoli procedenti in senso inverso", che trova fondamento la responsabilità civile per colpa da attribuirsi al convenuto R..

L'atto colposo consiste e si realizza nell'aver affrontato quella curva con imprudenza e imperizia, mentre sopraggiungeva un altro mezzo in senso contrario.

L'elemento psicologico necessario ad integrare la contravvenzione riconosciuta in sede penale e passata in cosa giudicata, non è affatto diverso dalla colpa grave che deve essere attribuita al convenuto.

L'elemento psicologico della contravvenzione infatti consiste nell'imporre un obbligo di prudenza; la culpa lata nel diritto comune è anche qualificata come magna negligentia. Si realizza, come è affermato nelle fonti, a D.16.3.32 oppure D.25.1.22.3 o infine D.50.16.213.2, un comportamento che trascura le precauzioni più comuni o meglio ancora - come nel caso - non prevede ciò che poteva e doveva essere previsto.

Pertanto la richiesta della parte attrice deve essere accolta interamente, e non si impone alcunamitigazione a causa dell'eccepito concorso nel realizzare l'evento.

7) Diverso é invece il principio che si applica in materia di prova per quanto riguarda l'entità dei danni al fine di ottenerne la liquidazione. L'inversione dell'onere della prova non è più applicabile e si deve ritornare al principio generale per cui "ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat" (D.22.3.2) - la prova incombe a colui che domanda, non a colui che nega - oppure, se si vuole "semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit" - la necessità di provare incombe su colui che propone l'azione (D.22.3.21).

Il risarcimento del danno richiesto riguarda sia la persona che il motociclo, dovendosi così liquidare danni patrimoniali e non patrimoniali.

**Il danno patrimoniale, secondo la più recente giurisprudenza, si articola nel danno emergente e nel lucro cessante** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 29

marzo 1993 nella causa n. 31 dell'anno 1991).

Le spese derivanti dalla riparazione del motociclo, secondo la fattura prodotta ammontano a £.453.500=. Nulla risulta a riguardo degli indumenti.

Sulla rilevanza di tali documenti, attraverso i quali "il giudice può trarre elementi di giudizio e di convincimento", anche se non costituiscono prova piena (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 29 marzo 1993 nella causa n. 31 dell'anno 1991), nulla è stato eccepito o prodotto nell'interesse del convenuto.

Si conclude che la somma ammonta a £.453.500= e che deve essere liquidata a titolo di danno emergente, quale danno relativo all' autoveicolo.

Ugualmente sono da computarsi nel danno emergente le somme pagate ai medici e alla casa di cura come risulta dalle ricevute di pagamento dei singoli professionisti (doc.ti 1, 14, 15, 16, 17, 18, 19), per una somma che ammonta complessivamente a £. 3.055.600= e dalle tre fatture della Casa di Cura Villa Torri, regolarmente quietanzate, per un totale di £.4.872.850 (561.600 + 4.160.450 + 150.800 = 4.872.850), e cioè per £. 7.928.450=.

Si aggiungono poi le spese documentate, per viaggi con i biglietti ferroviari e per pedaggi autostradali, che ammontano a complessive £.116.500=.

Infine si deve computare la richiesta della somma di £.6.960.225= per rivalsa richiesta dall'Istituto per la Sicurezza Sociale.

Va poi da sé, perchè deriva dal giudicato penale, che al convenuto R. sono state poste a carico le spese di costituzione di parte civile della attrice nei due gradi di giudizio. Tali spese sono già di per sé esecutive e possono essere richieste indipendentemente da questo giudizio civile.

8) Passando all'esame dei danni cagionati alla persona deve essere risarcito il rimborso delle spese sostenute in conseguenza delle subite lesioni, sempre a titolo di danno emergente, e il lucro cessante al fine di determinare la somma da corrispondersi per il mancato guadagno.

Si aggiunge poi **il c.d. danno alla salute, cioè all'integrità fisica, indipendente dalla capacità del danneggiato di produrre reddito. E' stata infatti affermata la risarcibilità del danno biologico** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1991 nella causa n. 68 dell'anno 1989 e sentenza sempre del Commissario della Legge del 11 marzo 1991 nella causa civile n. 43 dell'anno 1986) **e della sua patrimonialità, "affermando che a tale titolo deve essere liquidata una somma autonomamente da quella riconosciuta a titolo di danno morale"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 29 marzo 1993 nella causa n. 31 dell'anno 1991).

**Infine si deve liquidare il danno morale. Secondo la giurisprudenza il danno morale e di relazione deve esser valutato in via equitativa** (cfr. sentenza del Commissario della Legge 20 novembre 1954, causa n°. 79 dell'anno 1953, in Giurisprudenza Sammarinese, 1963, p. 336), **considerandone tutte le componenti come "l'entità delle sofferenze subite"** (cfr. sentenza del Commissario della Legge 14 marzo 1935, nella causa n°. 91 del 1934, in Giurisprudenza Sammarinese, 1935-36, p. 34), **oppure "il dolore come sofferenza dell'animo"** (cfr. sentenza del Commissario della Legge 25 luglio 1934, nella causa n. 169 del 1933, in Giurisprudenza Sammarinese 1935-36, p. 64), o anche come "perturbamento ingiustamente arrecato alle condizioni d'animo (dolore morale e patema d'animo)" (cfr. sentenza del Commissario della Legge 8 agosto 1940, nella causa n°. 28 del 1940, in Giurisprudenza Sammarinese, 1963, p. 114).

9) In conseguenza del sinistro all'attore è residua una invalidità permanente che viene indicata nella misura del 6 % dal perito d'ufficio.

Le menomazioni, individuate dallo stesso perito, non hanno incidenza diretta sulla capacità produttiva. Comportano però conseguenze che invece devono essere considerate non solo sotto il profilo del danno biologico e dunque risarcibili solo a tale titolo.

Volendo dunque prendere in considerazione le lesioni come danno che si riflette “sull’efficienza estetica” in relazione alle possibilità di future professioni, si deve considerare che il danno materiale investe le lesioni fisiche che hanno carattere invalidante permanente e che, a causa del soggetto e per la vita di relazione che è in grado di poter condurre, sono da considerarsi in qualche modo rilevati. Si può anche apprezzare che incidano, siccome affermato nella perizia d’ufficio, almeno per un 4 %.

Attribuire alla stessa attrice in ragione dell’età un reddito non inferiore ad una somma mensile pari a £.1.200.000= lorde, concorrendo a porre in essere servizi essenziali, giuridicamente significa far ricorso soltanto ad una presunzione semplice, cioè a fonti di deduzioni obbligate da fatti noti a fatti ignoti, ammissibile perché investe fatti che potrebbero essere provati anche per testi (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 30 dicembre dell’anno 1988 nella causa civile sommaria n. 78 dell’anno 1987 e del 5 dicembre 1989 nella causa civile sommaria n°. 293 dell’anno 1989).

Quindi il suo reddito annuo deve ritenersi certamente non inferiore alla somma di £. 15.600.000=.

10) Così determinato il reddito annuo, deve farsi ricorso a strumenti esistenti e comunemente applicati, non tanto come fonte di diritto, ma come dati forniti e rilevati obiettivamente e scientificamente, come la “tariffa per la costituzione delle rendite vitalizie immediate da cui si ricavano le somme per le quali si corrisponde una rendita annua vitalizia”. Tali dati accompagnano il Regio Decreto Italiano 9 ottobre 1922, n°. 1403, che approva le tariffe della Cassa Nazionale per le Assicurazioni Sociali, e sono comunemente usati dai liquidatori di assicurazioni nel risarcimento dei danni (cfr. R. Luvoni, F. Mangili, L. Bernardi, Guida alla valutazione medico-legale dell’invalidità permanente. Responsabilità civile, infortunistica del lavoro e infortunistica privata, con prefazione di C.M.Cattabeni, Milano 1986, p. 26).

Il coefficiente di valutazione attribuibile all’attore in ragione dell’età che aveva al momento dell’incidente - 14 anni - è pari a 19,818, che, moltiplicato per il reddito annuo già accertato, porta alla somma complessiva di £ 309.160.800= (£.15.600.000 \* 19,818 = £ 309.160.800=). Considerata l’invalidità riconosciuta del 6%, cui si aggiunge un danno estetico del 4%, si può dunque affermare che l’ammontare del danno patrimoniale valutabile sulle capacità di lavoro dell’attore risarcibile é pari alla somma di £.30.916.080=.

11) La parte attrice chiede poi che le sia liquidato in suo favore il danno morale e anche il danno biologico.

**Il criterio recentemente preferito per la liquidazione del danno biologico, é quello del triplo della pensione sociale, come ormai acquisito dalla giurisprudenza sammarinese** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 29 marzo 1993 nella causa n. 31 dell’anno 1991).

Di conseguenza deve essere liquidata la somma complessiva di £.9.674.873=, (£.5.605.600 \* 3 = 16.816.800 \* 19,818 = 333.292.159 \* 10 = 3.332.921.590 : 100 = 33.329.215).

Infine per quanto concerne il danno morale, che nell’ordimento sammarinese é sempre risarcibile, costituito dai patimenti e dalle sofferenze subite in conseguenza dell’illecito, sembra equo liquidarsi nella misura di £.3.000.000=.



12) Deve inoltre concedersi la rivalutazione della cifra, richiesta e ancora non pagata, secondo l'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, accertato dall'istat con una variazione pari al coefficiente di svalutazione.

Tale rivalutazione sembra potersi accordare a titolo di risarcimento del danno cagionato successivamente al momento della scadenza del debito, per non avere i convenuti adempiuto nei termini in cui è stata legittimamente avanzata la richiesta.

Deve pertanto disattendersi il principio nominalistico, in base al quale si è formato il debito e per cui il debitore si libera pagando la somma richiesta, perché il potere di acquisto si è modificato nel tempo, che è intercorso tra il sorgere del debito e quella che può essere considerata la sua naturale scadenza.

La svalutazione monetaria è un fatto intervenuto successivamente e non può operare a favore del debitore, che ritarda il pagamento di una obbligazione pecuniaria, ormai scaduta e che pertanto si rende responsabile dei danni, che sono cagionati al creditore, compresi quelli che sorgono dalla svalutazione monetaria intervenuta successivamente alla data di scadenza.

**Il danno cagionato deriva dunque all'attore dall'accertato minore potere di acquisto della moneta, che è costretta a subire per non averne l'immediato possesso, e quindi la piena disponibilità, che consegue al pagamento di una obbligazione pecuniaria anche derivante da un danno.**

L'accertamento di un tale danno è da assumersi come fatto notorio, in quanto conoscenza diffusa e comune, e pertanto, ai fini di causa, può ritenersi ampiamente provato.

Se poi si dovessero recepire norme che, per essere ispirate a principi generali, devono ritenersi anche uniformi, si dovrebbe citare quello che ha trovato formulazione normativa nell'ultimo comma dell'art. 429 del Codice di Procedura Civile della Repubblica Italiana, sempre allegabile come *lex loci vicinioris*, in base al quale le somme, che vengono pagate in ritardo, devono essere rivalutate in ogni caso.

In forza dell'accertata diminuzione del potere di acquisto infatti la parte attrice vede diminuire una sua ricchezza, una somma di danaro, che al momento dell'inadempimento doveva già essere nella sfera della sua piena disponibilità.

Tale somma di danaro, proprio perché è soltanto un calcolo numerico, come lo è anche il calcolo degli interessi, può essere liquidata in maniera autonoma in fase di successiva esecuzione.

Le spese e gli onorari di causa seguono la soccombenza e sono a carico del convenuto. Per quanto invece riguarda la convenuta assicurazione, che deve essere estromessa, per metà sono da ritenersi compensate nei confronti della attrice, mentre per la restante metà sono a carico del convenuto R..

## 111.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 2 febbraio 1994.

S.A. Manifatture di San Marino (Avv. L. Bacciocchi) : Meloni Walter e Pedrella Moroni Guido (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 343, anno 1990.

**Atto di citazione – Elementi essenziali – Carenza – Nullità.**

**Testimone “de scientia” – Ammissibilità – Parere “pro veritate” - Allegazioni di tipo difensivo.**

**Concorso dei creditori – Contratto di locazione – Vendita dell’immobile a pubblica asta – Diritto di prelazione del locatario – Condizioni.**

*Nel processo sammarinese, ispirato al principio dell’assoluta libertà delle forme degli atti, solamente la carenza di uno degli elementi essenziali dell’istanza di citazione (cioè il tiolo, l’oggetto di essa, la designazione dell’attore, del convenuto, del giudice), comporta la nullità dell’atto introduttivo del giudizio.*

*Il testimone de scientia è perfettamente valido, poiché riferisce su fatti che ha percepito sensu o corpore, visu, vel auditu.*

*Il parere pro veritate non è un instrumentum, né una scriptura in senso tecnico, ma soltanto una allegazione di tipo difensivo; pertanto le argomentazioni giuridiche, in esso contenute, non possono essere ritenute prove ai fini processuali.*

*Nel procedimento concorsuale il locatario ha titolo per esercitare il diritto di prelazione, nel caso di vendita a pubblica asta dell’immobile locato; a parità di condizioni di ogni altro concorrente.*

---

## FATTO

Con istanza depositata il 18 dicembre 1990 l’attrice ha chiamato in causa i convenuti perchè “quale locataria del bene immobile offerto a pubblica asta, intende esercitare il diritto di prelazione che alla stessa compete in forza dell’art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117”, dichiarando che l’istanza stessa “deve pertanto considerarsi a tutti gli effetti accettazione” da parte della stessa attrice “sia del prezzo di vendita, già fissato nella pubblica asta, che di tutte le altre condizioni e termini fissati”, chiedendo “apposito provvedimento, contenente tutte le indicazioni e direttive per dare pratica attuazione al diritto di prelazione che alla società stessa compete in virtù della legislazione vigente”.

Assume l’attrice che in data 15 ottobre 1990 ha stipulato contratto di locazione con il Procuratore del giudiziale concorso tra i creditori della s.a. S.A.T.I.S. di un immobile sito in Serravalle, Via Ponte a Mellini e che in data 5 dicembre 1990, con pubblica asta veniva offerta la somma di £.3.768.545.000= dai convenuti per l’acquisto di detto fabbricato.

Riprodotta la citazione nell’interesse della attrice, si sono costituiti in giudizio i convenuti, che hanno opposto eccezioni tali che devono considerarsi *generalia contra*, richiedendo contestualmente l’apertura del termine statuario.

Successivamente il procuratore dei convenuti ha formalmente eccepito “la irregolarità, la nullità e l’irritualità sostanziale e processuale della istanza” di citazione per difetto degli elementi fondamentali e dell’azione instaurata, per l’inammissibilità dei gravami, per l’intempestiva soddisfazione degli obblighi di adempimento nei termini prescritti dal bando d’asta, per inapplicabilità della legge invocata, infine per aver posto in essere comportamenti contrastanti con l’esercizio del diritto di prelazione.

Ha replicato l’attrice deducendo l’infondatezza delle eccezioni e dichiarando di essere “pronta a versare tutte le somme necessarie per l’esercizio del diritto di prelazione e a dare tutte le garanzie e cauzioni opportune”.

Nel primo termine di prova sono stati sentiti quali testimoni il Procuratore del giudiziale concorso e il suo consulente che hanno confermato “l’esistenza del contratto di locazione” e che l’attrice ha regolarmente assolto a tutte le obbligazioni derivanti dal contratto medesimo”. Risulta anche - sempre per dichiarazione del Procuratore medesimo - che “in ordine al fatto che lo stabile era stato posto in vendita a mezzo asta”, alla società locataria non è mai stata inviata “raccomandata o altro al fine di consentire alla stessa di esercitare il diritto di prelazione”, perchè “la società locataria sarebbe intervenuta [...] all’asta pubblica”, dato che si era impegnata contrattualmente a partecipare all’asta. Entrambe le parti in causa hanno richiesto l’allegazione agli atti di causa di documenti, poi regolarmente prodotti dal procuratore del convenuto nei successivi termini di prova.

Nel secondo termine di prova sono stati dunque allegati agli atti documenti come il decreto commissariale di fissazione dell’asta, il contratto di locazione, il verbale della pubblica asta, la richiesta di esecuzione di lavori di straordinaria manutenzione sull’immobile, il decreto commissariale di conferma di aggiudicazione e il deposito della somma richiesta nel decreto. I documenti sono stati ammessi agli atti di causa.

Aperto il primo termine reprobatorio i convenuti hanno confermato di voler ottenere l’allegazione dei documenti già prodotti e hanno rinunciato all’apertura del successivo termine reprobatorio.

Aperto il termine di controprova con decreto 11 febbraio 1992, notificato alla parte attrice il 20 febbraio 1992, alla udienza tenuta nello stesso giorno 20 febbraio 1992, la parte attrice ha richiesto l’ammissione come testimone del Segretario dell’ANIS (Associazione Nazionale dell’Industria Sammarinese), ammesso con decreto 21 febbraio 1992. Si è opposto formalmente il procuratore dei convenuti che ha ritenuto come il testimone sia stato chiamato a riferire “sull’opinione di un presunto convincimento” manifestato dalla parte attrice. Il testimone, ai soli fini di economia processuale, è stato ammesso a rispondere ai capitoli di prova, con riserva di finale valutazione.

Il teste, sentito all’udienza del 14 maggio 1992, ha dichiarato che gli amministratori della attrice “erano convinti di poter esercitare il diritto di prelazione”, e che l’Associazione non aveva sollecitato l’attrice “a chiedere parere ad un legale, ovvero a far istanza di chiarimento alla curatela della procedura concorsuale interessata, ovvero a chiedere consiglio al Commissario della Legge”.

Successivamente all’udienza del 28 maggio 1992, il procuratore della attrice ha depositato in atti un parere *pro veritate*: a detta produzione si è opposto il procuratore dei convenuti “perchè tale parere non costituisce prova, né mezzo di prova ai sensi dell’art. 3 della Legge 19 gennaio 1989, n. 5”. In considerazione del fatto che sia stato atteso il termine di deposito “nell’unico termine di controprova”, chiede pertanto termine per controdedurre sul parere stesso.

Riservato ogni giudizio al definitivo, se il parere possa o no costituire prova a sensi dell’art. 3 della Legge 19 gennaio 1989, n. 9, sulla considerazione che i convenuti hanno diritto ad un più esteso contraddittorio, è stato accordato termine per controdedurre sul parere stesso. Si è opposto il procuratore della parte attrice chiedendo la revoca del decreto perchè in contrasto con la Legge 19 gennaio 1989, n. 9, deducendo che “il contraddittorio è rispettato; o meglio il parere *pro veritate* non è altro che un ulteriore elemento di prova riguardo alla tesi principale ben nota alla procura avversa”.

Così all’udienza del 24 settembre 1992 anche la procura dei convenuti deposita in atti memoria da far valere quale suo parere *pro veritate*.

Aperto il termine ad allegare depositate in atti le memorie, la causa è stata posta *pro servato* e trattenuta per la decisione

Nelle finali allegazioni in diritto la procura della parte attrice ha concluso: “che esistono tutta una serie di logiche e giuste motivazioni che devono indurre il giudicante a riconoscere alla società Manifatture di San Marino s.a. il diritto di prelazione in base all’art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26 già Legge 15 dicembre 1982, n. 117, così come richiesto nell’istanza avanzata in data 18 dicembre 1990. Si chiede pertanto, che S.S. Ill.ma il Commissario della Legge voglia aggiudicare l’immobile e le attrezzature che lo corredano alla società Manifatture San Marino s.a., al prezzo fissato già in £.3.425.950.000= che verrà depositato nei modi e termini stabiliti da S.S. Ill.ma il Commissario della Legge. Si chiede inoltre che S.S. Ill.ma voglia condannare la parte convenuta al pagamento delle spese processuali” analiticamente descritte nella somma complessiva di £.11.400.000=.

La procura della convenuta ha invece concluso “in via preliminare di voler respingere l’istanza della s.a. Manifatture San Marino in data 17 dicembre 1990 in quanto nulla, irregolare ed irrituale per i motivi sopra esposti; in subordine, di voler dichiarare nulla la locazione di cui alla convenzione 15 ottobre 1990, perchè in contrasto con le norme del concorso giudiziale e perchè il Curatore stipulante non aveva i poteri; nel merito di voler respingere l’istanza della s.a. Manifatture San Marino in data 17 dicembre 1990 siccome infondata per i motivi descritti, in particolare non è ammissibile il diritto di prelazione del locatario nella fattispecie, del giudiziale concorso fra i creditori e durante lo stesso; di voler dichiarare che tutte le spese inerenti alle opere di manutenzione straordinaria effettuate nell’immobile di cui è causa dalla s.a. Manifatture San Marino in forza di decreto 21 marzo 1991 sono a completo carico della ditta locataria stessa (s.a. Manifatture San Marino), salvo l’obbligo per la stessa di riporre le strutture in pristino stato a sua cura e spese alla cessazione del rapporto locativo. Il tutto con condanna della parte avversa al pagamento delle spese ed onorari di causa da liquidarsi nella complessiva somma di £.8.900.000=” somma analiticamente descritta.

## DIRITTO

1) I convenuti hanno preliminarmente eccepito “la irregolarità, la nullità e l’irritualità sostanziale e processuale della istanza” di citazione per difetto degli elementi fondamentali e dell’azione instaurata, per l’inammissibilità dei gravami.

Va in primo luogo osservato che **il processo sammarinese si ispira al principio della assoluta libertà delle forme.**

Tale principio non discende né dalla prassi, né dalla dottrina, né dallo *ius commune*, ma, per quanto riguarda specificatamente l’istanza di citazione, deriva direttamente da quanto é prescritto dal § 110 della rub. VI del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*. Dice in proposito lo statuto “quod propterea libellus fieri non debeat solemnus, et si solemnus fuerit conceptus, vim habeat dumtaxat simplicis petitionis, neque dici possit ineptus ubi facti substantialia contineat, etiam in modum supplicationis” – “che perciò non si debba fare il libello solenne, e se sarà fatto solenne, abbia forza soltanto di semplice petizione, né si possa dire nullo, quando contenga la sostanza del fatto, anche in modo di supplica”.

Nè lo *ius proprium* - sempre lo statuto allegato, per intenderci - contraddice poi a quanto è in genere previsto dal diritto comune, per cui “actor non admittitur ad litigandum, nisi

det libellum in scriptis” - “l’attore non è ammesso alla lite se non deposita il libello scritto” - come è espressamente stabilito al noto canone Extra 2.3.2 (e cioè al c. *Significantibus, De libelli oblatione*). Così è lo stesso *ius commune* che prescrive come la citazione debba essere redatta “per iscritto e contenere la sostanza della domanda”, secondo quanto afferma, ma tralatizamente e senza indicare alcuna fonte, anche il Giannini (Cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, San Marino 1967, p. 39).

**Ne discende pertanto che nel processo sammarinese la forma della istanza di citazione “è lasciata in certa misura all’arbitrio dell’attore, bastando anche una qualsiasi istanza diretta al giudice perché chiami il convenuto. E’ anzi valida una semplice supplica con la esposizione del piato, purché sempre sia contenuta in questa supplica la parte sostanziale di esso”, supplica che deve essere costituita dagli elementi essenziali dell’istanza, e “cioè il titolo, l’oggetto di essa, la designazione dell’attore, del convenuto e del giudice”** (Cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, San Marino 1967, p. 39).

**La carenza di uno di tali elementi essenziali, secondo quanto è generalmente affermato anche dalla dottrina del diritto comune, comporta dunque la nullità dell’istanza di citazione:** “*nullitas autem citationis facto eiusdem citantis, tunc contingit, quando in concipienda citatione legitime et clare non expressit ea, quae sunt in citatione exprimenda, videlicet nomen citantis, citandi, iudici, causam locum, et terminum*” - “la nullità della citazione per fatto dello stesso citante, allora ricorre, quando, nel formare la citazione, legittimamente e chiaramente non ha espresso quelle cose che sono da esprimersi nella citazione, cioè il nome di colui che cita, di colui che si deve citare, del giudice, la causa, il luogo e il termine” (cfr. U. Gratiosus, *Tractatus de citationibus et de modo citandi*, Romae 1680, f. 479, nu. 4).

Naturalmente deve essere anche precisato che gli elementi essenziali della istanza di citazione hanno una loro particolare fonte perchè “*a consuetudine etiam hoc est usu populi, potest induci forma citandi quae omnino servari debet, alias citatio est nulla*” - “la forma della citazione, che ogni volta deve essere osservata, altrimenti la citazione è nulla, può essere indotta, anche dalla consuetudine, cioè dall’uso” (cfr. U. Gratiosus, *Tractatus de citationibus et de modo citandi*, Romae 1680, f. 424, nu. 155).

Gli elementi essenziali dell’istanza prescritti nel processo sammarinese e che a pena di nullità devono essere presenti nell’istanza stessa - “cioè il titolo, l’oggetto di essa, la designazione dell’attore, del convenuto e del giudice” -, trovano quindi anche il loro fondamento positivo, perchè è da specificare che “*a stilo etiam, seu usu, et practica Curialium potest induci forma citandi, quae omnino in illamet Curia servanda est*” - “la forma della citazione, che bisogna osservare in quel Tribunale, può essere indotta anche dallo stile, ovvero dall’uso, e dalla prassi dei Curiali” (cfr. U. Gratiosus, *Tractatus de citationibus et de modo citandi*, Romae 1680, f. 424, nu. 156).

Nel regime di libertà delle forme degli atti nella dottrina del diritto comune sono poi stati individuati anche criteri interpretativi che non possono essere trascurati, soprattutto quando investono gli atti introduttivi al giudizio, come l’istanza di citazione. Afferma dunque la dottrina che i cosiddetti “*verba libelli in dubio debent interpretari, ut intelligatur intentata illa via, quae magis pro actore facit*” - “nel dubbio le parole dell’istanza di citazione devono essere interpretate affinché sia intentata quella via che maggiormente giova all’attore” (cfr. A. Tartagni, *Consilia seu responsa, liber tertius, cons. 28, ed. Venetiis 1610, f. 43 va, n. 3*). L’affermazione della dottrina è da intendersi

*come enunciazione di un criterio ermeneutico generale per una ricerca di congruità ed efficienza di significati dell'istanza. Applicato in tema di istanza di citazione all' interno di un sistema che propugna la libertà delle forme, costringe il Magistrato a dar sempre corso all'istanza, quando sono presenti tutti gli elementi essenziali che costituiscono l'istanza stessa.*

In ogni caso comunque l'istanza della attrice è da intendersi anche come una opposizione ad atti che non gli hanno consentito di esercitare il diritto di prelazione, che invece ritiene competergli ex art. 19 della Legge 19 dicembre 1982, n. 117.

2) Si deve ora verificare se nell'istanza presentata dalla attrice siano presenti gli elementi richiesti, "cioè il titolo, l'oggetto di essa, la designazione dell'attore, del convenuto e del giudice" (Cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, San Marino 1967, p. 39).

Nell'istanza con cui si è aperto il giudizio l'attrice chiede di esercitare il diritto di prelazione derivante dall'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, sopra un bene tenuto in locazione dalla stessa attrice e successivamente sottoposto ad asta pubblica. In altre parole nell'istanza si postula un provvedimento con il quale, accertato il godimento del diritto di prelazione, si riconosca all'istante la titolarità del diritto e si applichi il recesso derivante *ex lege* al locatario.

Si è individuato così, nel diritto di prelazione derivante da un precedente contratto di locazione, il "titolo", che intende far valere l'istante in giudizio, e "l'oggetto dell'istanza" di citazione nell'accertamento in giudizio del diritto di prelazione, nonché nel conseguente esercizio di tale diritto nei confronti dei due titolari dell'offerta alla pubblica asta.

L'istanza è poi presentata al Magistrato da un procuratore che esercita la professione di avvocato che, in forza di tacito mandato alle liti, quale è quello vigente nell'ordinamento sammarinese, afferma di avanzare domanda "per incarico ricevuto dalla società anonima Manifatture di San Marino", persona giuridica riconosciuta dallo stesso ordinamento, e quindi in grado di essere processualmente individuata come l'idonea "designazione dell'attore", altro elemento necessario alla istanza, assieme a quello del "giudice" - cui è stata intestata l'istanza - per poterla ritenere valida.

Nel testo della suddetta istanza i "convenuti" sono poi individuati dalla stessa attrice, come coloro contro i quali il provvedimento richiesto deve essere emesso, allorquando è testualmente detto che "nell'asta pubblica veniva offerta dai signori Meloni Walter e Pedrella Moroni Guido la complessiva somma di £.3.768.545.000=". Si deve infatti concludere che i "convenuti" sono stati indicati dall'attrice nell'istanza stessa e non "sono stati *reperiti* [...] dal Commissario della Legge nel decreto 25 gennaio 1991".

Nell'iniziale istanza è stato richiesto di esercitare la prelazione su un bene immobile sottoposto ad asta pubblica. L'istante ha indicato gli aggiudicatari dell'asta. In virtù del richiamato principio di diritto comune sui significati che sempre devono essere dati all'istanza dell'attore, sarebbe stato comunque difficile non ritenere che da parte della attrice si intenda veder riconosciuto il suo diritto di prelazione sul bene sottoposto all'asta e di esercitare il suo diritto nei confronti dei due offerenti, in forme che possono essere soltanto contenziose.

A questo proposito deve invocarsi anche un altro principio del diritto comune che rende necessaria e legittima la chiamata in giudizio dei due convenuti. Si riconosce che "l'actor non potest mitti in possessionem absente reo" (cfr. L. Ferraris, Prompta biblioteca canonica iuridica, tomus primus (A-B) ed Venetiis 1777, p. 72, nu. 7), per cui l'attore

non avrebbe potuto essere messo nel possesso del bene in assenza dei convenuti, in altre parole che l'esercizio del diritto di prelazione, nei suoi aspetti di retratto, deve essere fatto valere nei confronti di qualcuno che necessariamente deve essere convenuto in giudizio.

Trattandosi di una asta e dell'esercizio della prelazione, il convenuto, o meglio i convenuti, si possono individuare soltanto nelle persone che sono indicate come coloro che hanno presentato offerta durante l'asta.

L'istanza di citazione, in costanza di libertà di forme, non può ritenersi nulla come eccepiscono i convenuti, perchè essa contiene tutti gli elementi tradizionalmente - "a stilo etiam, seu usu, et practica Curialium potest induci forma citandi" - richiesti dalla procedura civile sammarinese per spiegare la sua efficacia. Conseguentemente l'istanza non può considerarsi "inetta a mettere la parte in grado di difendersi o perchè notificata indebitamente o perchè insufficiente a precisare l'obiettivo della domanda" (Cfr. T.C. GIANNINI - F. VIROLI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, San Marino 1967, p. 180). Dagli elementi esposti nella istanza presentata dalla attrice i due convenuti erano in grado di conoscere l'oggetto della domanda della attrice e di comprendere perfettamente l'oggetto del contenzioso, o meglio da che cosa si dovevano difendere. L'altro caso di nullità della citazione previsto dalla procedura civile sammarinese, l'indebita notifica, non riguarda la controversia.

L'eccezione preliminare pertanto non può essere accolta.

3) Si è riservato al definitivo l'ammissione di almeno due prove. La prima riguarda l'ammissione di un testimone che, come ha eccepito il procuratore dei convenuti, non è stato chiamato a deporre sui fatti a lui noti, ma ad esprimere opinioni.

L'eccezione così come è stata sollevata può sembrare fondata. Il capitolo di prova proposto al Segretario della Associazione Nazionale dell'Industria Sammarinese investe una opinione su un presunto convincimento della attrice.

Su quanto invece è stato riferito dal testimone, cioè sul fatto che l'attrice abbia, attraverso i suoi rappresentanti, partecipato ad una riunione nella quale è emerso che "tale facoltà di esercitare il diritto di prelazione esisteva", oppure che "gli amministratori di Manifatture Sammarinesi manifestavano la completa convinzione di poter esercitare tali diritti di prelazione", l'eccezione non trova più alcun fondamento e la prova invece è diventata ammissibile e rilevante.

**Si sostiene in dottrina che i testimoni** "alii dicuntur testes de scientia, alii testes de credulitate, alii testes de auditu. Testes de scientia dicuntur et sunt illi, qui deponunt se scire aliquid ita esse gestum, eo quo proprio sensu corporeo, visu, vel auditu id perceperint [...]. Testes de credulitate dicuntur et sunt illi que iurati deponunt se credere rem ita se habere, testes de auditu auditus, seu ex auditu alieno dicuntur et sunt illi, qui iurati deponunt se ita audivisse narrari a viris fide dignis" - **"alcuni sono detti testimoni per conoscenza, altri testimoni per giudizio, altri testimoni per aver ascoltato. I testimoni per conoscenza si dicono e sono quelli, che depongono di sapere qualcosa che così è accaduto, per quello che ciò hanno percepito con il proprio senso corporeo, con lo sguardo, con l'udito [...]. I testimoni per giudizio si dicono e sono quelli che dopo aver giurato depongono di credere che la cosa é considerata così, i testimoni per aver ascoltato direttamente, o per l'ascolto di altri si dicono e sono quelli che dopo aver giurato depongono che hanno udito così essere raccontato da persone degne di fede"**. E poi conclude che "hinc ordinarie loquendo ad legitimam facti probationem non sufficiunt testes de credulitate et testes de auditu alieno [...]. Dicitur

autem notanter ordinarie loquendo, quia in quibusdam casibus admittuntur ad probationem testes de credulitate et testes de auditu alieno. Et signanter testes de credulitate, admittantur contra producentem” - “da questa parte esponendo regolarmente per una legittima prova del fatto non sono sufficienti i testimoni per giudizio e i testimoni per aver ascoltato da altri [...] Si dice poi che sempre esponendo regolarmente, perchè in certi casi si ammettono alla prova i testimoni per giudizio e i testimoni per aver ascoltato da altri. E chiaramente i testimoni per giudizio, si ammettono contro colui che li produce” (cfr. L. Ferrari, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica*, tom. VII, ed. Venetiis 1777, p. 423, nu. 17, e n. 19-20).

**Il testimone durante l'interrogatorio - cioè rispondendo sul capitolo e sulle domande formulate dal procuratore dell'attore e poi anche dal procuratore dei due convenuti - e per le risposte che ha dato, può considerarsi invece un testimone *de scientia*, perchè ha riferito sui fatti che ha percepito proprio *sensu corporeo, visu, vel auditu*, e pertanto un testimone perfettamente valido.**

4) E' stato poi riservato al definitivo anche la questione, incidentalmente proposta dopo che è ampiamente spirato il termine di controprova, “se il parere del prof. Umberto Santarelli possa o no costituire una prova ai sensi dell'art. 3 della Legge 19 gennaio 1989, n. 5”, parere depositato in atti dalla parte attrice.

Premesso che il termine di controprova, aperto con decreto 7 febbraio 1992, è spirato all'udienza successiva alla notifica eseguita ai procuratori delle parti in causa, e che in particolare per la parte attrice è spirato all'udienza del 20 febbraio 1992, dopo che è stato eseguito l'esperimento istruttorio utilmente richiesto nel suddetto termine - la testimonianza del Segretario dell'Anis - solamente all'udienza del 28 maggio 1992 il procuratore dell'attrice ha chiesto ammettersi il suddetto parere.

Sul punto immediatamente veniva aperto il necessario contraddittorio, perchè, anche ammesso per assurdo che il documento depositato potesse considerarsi un mezzo di prova, la sua produzione in atti era comunque tardiva, dato che, come afferma la Legge 19 gennaio 1989, n. 5, all'art. 3, sub 1, lettera c), il termine di controprova è “costituito da un unico giorno utile”. E tale termine, all'udienza del 28 maggio 1992, ormai era abbondantemente decorso. Sulla richiesta di prove successivamente proposte le norme stabilite dalla art. 3 della Legge 19 gennaio 1989, n. 5, non sono direttamente utilizzabili per formulare una disciplina, e le richieste, se non vengono accordate repliche, potrebbero anche contravvenire il principio dominante del contraddittorio.

Ciò premesso, contrariamente a quanto ritiene il procuratore della attrice, si è ritenuto che non si potesse applicare il sesto comma dell'art. 3 della Legge 19 gennaio 1989, n. 5, per cui “le istanze di ammissione dei mezzi di prova non debbono essere notificate alla controparte e su di esse il giudice decide con decreto entro i dieci giorni correnti”. E comunque se anche sempre per assurdo detto comma fosse stato applicabile, proprio perchè il parere *pro veritate* é stato depositato quando ormai si era definitivamente consumato l'ultimo dei termini di prova, era sommamente iniquo che le parti convenute non fossero chiamate a dire e dedurre, cioè non venisse aperto il legittimo contraddittorio.

Perchè se è vero che il processo sammarinese, anche dopo la riforma della suddetta Legge 19 gennaio 1989, n. 5, accetta il principio che “probationes post publicationem attestationum regulariter non possunt amplius fieri, seu alii testes supra eiusdem articulis, vel directe contrariis produci, quamvis possint produci nova instrumenta usque ad conclusionem in causa” - “le prove dopo la pubblicazione delle testimonianze



regolarmente non possono essere fatte più oltre, o altri testimoni sopra gli stessi articoli, o direttamente essere prodotte a contrario, sebbene si possano produrre nuovi strumenti nella causa fino alla conclusione” (p. 514, nu. 63).

Il tema è anche meglio precisato presso la dottrina “quaeratur quosque possit instrumentum produci. In quo dicendum est, regulariter instrumenta, atque scripturas quandocumque utrique parti placuerit posse produci quousque fuerit in causa conclusum” - “si chieda fino a quando sia possibile essere prodotto un documento. Si risponde che si possano produrre regolarmente i documenti o le scritture ogni volta che piace alla parte fino a quando non é stato concluso” (I. Mascardus, *Conclusionum omnium probationum ac quaestionum* vol. primum, ed. Augustae Taurinorum, 1591, f. 11 ra, nu. 130). Applicando tali principi in tema di prove si deve necessariamente concludere che **il parere *pro veritate* sul piano istruttorio non è, né può essere in alcun modo considerato un *instrumentum*, e neppure una *scriptura* in senso tecnico, ma soltanto una allegazione di tipo difensivo.**

**Le argomentazioni giuridiche, esposte nel parere *pro veritate* ai fini processuali, non possono essere ritenute prove, ma costituiscono invece altrettante contestazioni, formali ed informali, dai quali le parti avverse - nel caso i convenuti -, prima dell’apertura del termine ad allegare, hanno diritto a difendersi, altrimenti si realizzano nullità processuali insanabili.**

E’ solo dopo il termine ad allegare che è precluso ogni atto istruttorio, è quindi non è più necessario neppure porre in essere il principio dell’integrazione contraddittorio, che riemerge in tutto il suo valore nella produzione *in manica*. Peraltro in atti il principio è invocato fermamente dal procuratore dei convenuti, perchè “post conclusionem in causa non amplius super eisdem articulis examinandi sunt testes, neque admittendae novae probationes per instrumenta, vel huiusmodi, sed est ferenda sententia super allegata et probata” - “nella causa dopo la conclusione sopra gli stessi articoli non sono da esaminare i testimoni più oltre, e non sono da ammettere nuove prove per mezzo di strumenti, ma deve essere fatta la sentenza su quanto è stato allegato e provato” (cfr. L. Ferrari, *Prompta Bibliotheca canonica, iuridica*, tom. VI, Romae 1789, p. 514, nu. 64). Ed è molto semplice come dalla dottrina viene giuridicamente giustificata tale finale preclusione ad ogni altra attività istruttorie, ivi compresa l’integrazione del contraddittorio: “et ratio est clara ex ipsamet significatione huius verbi conclusio in causa, cum per ipsam, ut ipsiusmet nomen importat, partes sive expresse, sive tacite ulteriori probationi renuntient, seque ad sententiam submittant” - “e la *ratio* é chiara dalla stessa designazione ‘conclusione in causa’, perchè attraverso la medesima, come per l’ appunto comporta il nome, le parti sia espressamente, sia tacitamente rinunciano ad ulteriori prove, e si sottomettono alla sentenza” (cfr. L. Ferrari, *Prompta Bibliotheca canonica, iuridica*, tom. VI, Romae 1789, p. 514, nu. 63).

Dunque ben diverso sarebbe stato il caso in cui il suddetto parere *pro veritate* fosse stato allegato nelle finali memorie, proprio perchè non costituisce un *instrumentum*, o una *scriptura* neppure in senso lato, in quella sede non avrebbe dato luogo alla applicazione del principio del contraddittorio. Così è dunque vero che allegato alle finali memorie, non lo si sarebbe potuto ritenere neanche un atto di produzione *in manica*, bensì un semplice scritto difensivo.

Concludendo: quello presentato dal procuratore della attrice non è mai stato un mezzo di prova, ma, come è stato definito in atti dallo stesso procuratore, soltanto un “parere *pro veritate*”, richiesto ed elaborato in favore della stessa parte attrice. Conseguentemente,

depositato prima del termine ad allegare, è stato processualmente trattato come tale, aprendolo, nelle sue contestazioni in fatto e in diritto, al contraddittorio dei convenuti, come è legge e prassi.

5) Eccepiscono i convenuti che “non sia applicabile nella fattispecie, quanto al preteso diritto di prelazione, la legge sulle locazioni di immobili n. 117/1982 e successive modifiche”.

In particolare eccepiscono che una legge, riguardante “la locazione degli immobili nei contratti onerosi di natura privatistica” sia “applicabile alla fattispecie del concorso fra i creditori e alle relative procedure”, disciplinate dalla Legge 15 novembre 1917, n. 17, sottolineando che mentre l’art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n.117, riconosce il diritto di prelazione “in caso di alienazione a titolo oneroso dell’immobile”, l’art. 17 della Legge 15 novembre 1917, n. 17 “parla solo di *aggiudicazione*”.

Eccepiscono altresì i convenuti che “oggetto della gara d’asta è un bene mobile gravato da locazione (locazione concessa dal curatore senza poteri)”, perchè “a rigore normativo, il Curatore del concorso giudiziale [...], ancorché autorizzato dal Giudice, non aveva il potere per legge di stipulare atti di locazione a lungo termine in danno della rapida liquidazione dei beni dei valori di massa”.

La convenzione intervenuta, sempre secondo le eccezioni dei convenuti, sarebbe “radicalmente nulla e comunque inopponibile ai terzi” in generale e ai convenuti in particolare, perchè in violazione del principio *lite pendente nihil innovetur*, nonché del principio *alteri stipulari nemo potest*, principi che sarebbero enunciati dall’art. 3 della Legge 15 novembre 1917, n. 17. E in forza di tali principi - ma soprattutto del primo - non poteva essere approvata dal Magistrato perchè emanato *contra iuris formam*. Inoltre “la *forma iuris* violata dal Giudice del Concorso è non solo quella relativa alle norme che attribuiscono in via tassativa e specifica i poteri di siffatto giudice nel concorso, sia quella specifica del secondo comma dell’art. 3 della medesima Legge n. 17/1917”.

6) Recita l’art. 3, secondo comma, della Legge 15 novembre 1917, n. 17 allegato dai convenuti a fondamento della loro eccezione, che “ogni alienazione, gratuita ed onerosa, dei beni ceduti posteriore all’apertura del concorso è nulla di pieno diritto: e se, anteriore di un anno, è pure nulla l’alienazione gratuita; e, se onerosa, è inefficace per frode presunta ove danneggi le ragioni dei creditori, a meno che il terzo non provi la sua buona fede e cioè di non aver sfruttato a proprio vantaggio il dissesto dell’altro contraente”.

Si deve osservare in primo luogo che il secondo comma dell’art. 3, allegato dai convenuti, non fa mai menzione del contratto di locazione, bensì soltanto di alienazione.

Nella categoria delle alienazioni, che è termine abbastanza generico e non sempre tecnico, possiamo ricomprendere i contratti traslativi del *dominium*, o meglio della proprietà - “alienationis appellatio comprehenditur omnis actus, per quem dominium transfertur” - “nella definizione di alienazione è compreso ogni atto attraverso il quale si trasferisce il dominio” (cfr. P. Pacioni, *Tractatus de locatione et conductione*, ed. Venetiis 1721, p. 11 nu. 5).

Non può invece qualificarsi come alienazione un contratto come la *locatio*, che nella migliore dottrina, è concepito soltanto come una *concessio ad tempus*, che si definisce come “personae reive ad usum facta concessio mercede in pecunia numeranda conventa” - “una concessione fatta per l’uso di persona o di cosa, ove è convenuto danaro contante” oppure anche “contractus bonae fidei, in quo persona, resve ad usum alteri conceditur pro certa mercede in pecunia numeranda conventa” - “un contratto di buona fede, nel

quale la persona o la cosa è concessa in uso ad altra persona in denaro contante” (cfr. P. Pacioni, *Tractatus de locatione et conductione*, ed. Venetiis 1721, p. 1, nu. 3).

Ora, come vorrebbero i convenuti, far derivare da una semplice locazione *ad modicum tempus* gli effetti traslativi di una alienazione, sembra proprio eccessivo, dato che la semplice locazione-conduzione, come è altrimenti noto, non trasferisce il *dominium*.

Il problema peraltro è notissimo ed è formulato in dottrina in forma di questione: “an locatio differat a venditione et quomodo ab ea dignoscatur. Et quoad prima partem quaesiti respondendum est affirmative, quia ultra diversitatem nominis, adsunt etiam inter hos contractos plures differentiae reales, quarum prima est, quod in contractu emptionis et venditionis dominium transfertur a venditore in emptorem, [...] secus autem in locatione et conductione” - “se la locazione differisca dalla vendita e in quale modo si distingua da quella. Quanto alla prima parte del quesito si deve rispondere affermativamente, perchè oltre alla diversità del nome, tra questi contratti sono presenti più differenze reali, di cui la prima è che nel contratto di compravendita il dominio si trasferisce dal venditore nel compratore, [...] non così poi nella locazione e conduzione” (cfr. P. Pacioni, *Tractatus de locatione et conductione*, ed. Venetiis 1721, p. 4 nu. 1-3).

Si deve quindi concludere richiamando il principio che “locatio modici temporis dicitur administratio non alienatio” - “la locazione di tempo modico si definisce amministrazione e non alienazione” (Baldus Ubaldi, *Consilia seu responsa* vol. primum, cons. 475 [*inc.*: In Christi nomine. Quidam Ioan. Abbas], ed. Venetiis 1580, f.152ra, nu.8, post. medium). E’ certo invece che “locans ad longum tempus, dominium utile transfert in conductorem” - “il locatore a lungo tempo trasferisce al conduttore il dominio utile”, anche se si deve obiettare che se “locans retinet dominium directum, hinc sequitur, ut locatio non possit dici plena et perfecta alienatio, nec sub nomine alienationis proprie et stricte loquendo comprehendatur, alienatio enim est actus, quo dominio transferatur” - “il locatore ritiene il dominio diretto, da questo consegue che la locazione non può dirsi una alienazione piena e perfetta, né, parlando propriamente e strettamente, si ricomprende sotto il nome di alienazione; l’alienazione infatti é un atto, con il quale viene trasferito il dominio” (cfr. P. Pacioni, *Tractatus de locatione et conductione*, ed. Venetiis 1721, p. 11 nu. 4 e 6).

7) Va da sè che la convenzione stipulata tra l’attrice e il Procuratore del Concorso non integra neppure gli estremi della *locatio ad longum tempus*, come invece vorrebbe sostenere l’attrice con il suo parere *pro veritate*. Le parti, che hanno posto in essere la convenzione, per patto espresso non hanno mai trasferito il *dominium utile*, né poteva essere altrimenti, se soltanto si considera dapprima il canone pattuito, tipico della semplice locazione, e poi l’apposizione della clausola della partecipazione all’asta.

A questo proposito va osservato che “dicatur contracta emptio, non autem locatio, cum non est constituta merces, sed conventum de pretio [...] adeo ut eo ipso quod fit mentio de pretio, praesumatur emptio, non autem locatio” - “si dica contratta una vendita, non una locazione, quando non è stato costituito il canone, ma é stato convenuto il prezzo [...] per il fatto che è stata fatta menzione del prezzo, si presuma l’acquisto, non la locazione”. E anche se invece di mercede, o meglio di canone, fosse stata fatta menzione di prezzo, ciò potrebbe anche non essere rilevante, se si considera che la “denominatio non relevet in concursu cum mentione pretii, [...] nisi pretium dignosceretur iustum et corrispondens vero valori rei, tunc enim operatur eius mentio, ut contractus non possit censi locatio, sed reputandus sit venditio, at quando pretium non est congruum valori rei, tunc non censetur venditio, sed potius arguitur locatio” - “la denominazione non

rileva in concorso con la menzione del prezzo, [...] se il prezzo non è riconosciuto giusto e corrispondente al vero valore della cosa, allora infatti é operativa la sua menzione, affinché il contratto non possa essere censito come locazione, ma sia da reputare come una vendita, ma quando il prezzo non é congruo al valore della cosa, allora non si censisce la vendita, ma piuttosto si arguisce la locazione” (cfr. P. Pacioni, *Tractatus de locatione et conductione*, ed. Venetiis 1721, p. 4-5 nu. 27-29). E sull’ammontare del canone pagato al Concorso dei Creditori, che non può essere scambiato per un prezzo neppure per errore, non é necessario spendere ulteriori argomenti.

Anzi la dottrina non ci consente neppure di confondere la locazione, perfezionata tra il Procuratore del Concorso e l’attrice, con alcuna sorta di alienazione, e quindi con un trasferimento del dominio, in conseguenza del patto di partecipare all’asta.

Si insegna infatti che “ex eadem ratione, quod ideo locatio importet alienatio, quia transfertur dominium, infertur etiam, quod non erit alienatio si fiat locatio ad longum tempus cum pacto expreso, quod non trasferatur per eam ullum dominium, quatenus tamen omnino liberum sit locatori alienare, et dominium transferre, vel non, in tantum enim valet, et attenditur dictum pactum in locatione ad longum tempus conventum, in quantum adest dicta libertas” - “per la stessa ragione, che perciò la locazione importi l’alienazione, perchè é trasferito il dominio, deduco anche, che non sarà una alienazione, se é stata fatta una locazione a lungo tempo con patto espresso, che non venga trasferito per mezzo di quella alcun dominio, fino a quando tuttavia al locatore sia del tutto libero di alienare, e di trasferire il dominio o no, in tanto infatti vale, e si osserva il detto patto convenuto nella locazione a lungo tempo, in quanto è presente la detta libertà” (cfr. P. Pacioni, *Tractatus de locatione et conductione*, ed. Venetiis 1721, p. 11 nu. 9).

Ciò significa che la locazione, perfezionatasi tra l’attrice e il Procuratore del Concorso dei Creditori, in ogni caso non è collocabile nella categoria delle alienazioni, perchè con quella *locatio* si è comunque convenuto che il dominio non venisse trasferito. Ciò é accaduto quanto è stato espressamente stabilito che il conduttore - l’attrice - si è assunto l’obbligo di partecipare all’asta pubblica e solo, in quella sede, di acquistare il bene che le era stato dato in locazione. Al di là del significato giuridico che assume la locazione, l’obbligo della partecipazione all’asta della conduttrice è stato imposto anche a garanzia dei creditori, in modo tale che l’asta comunque non potesse andare deserta, con un gioco al ribasso, per la conseguente diminuzione del già stabilito prezzo di stima dell’immobile ai sensi del secondo comma della Legge 15 novembre 1917, n. 17.

8) Il giudizio che si instaura con la domanda di apertura del concorso dei creditori a norma della Legge 15 novembre 1917, n. 17 - nota come la “Legge sulla cessione dei beni ai creditori, sul concordato e sul concorso dei creditori” - non può ritenersi un giudizio cognitivo, nel quale è presente una lite, come invece necessariamente presuppone l’eccezione dei convenuti, per cui non si può legittimamente allegare neppure in via di eccezione il principio che *lite pendente nihil innovetur*.

Un tale principio, nelle procedure di concorso previste dall’ordinamento sammarinese, comunque non si deduce neppure dal secondo comma dell’art. 3 della predetta legge, né in questa fonte trova fondamento come invece vogliono i convenuti. Il divieto, ivi stabilito e previsto, a porre in essere “ogni alienazione, gratuita od onerosa”, perlomeno in una corretta e rigorosa interpretazione, è disposto solo nei confronti degli atti traslativi del dominio sui beni posti in essere dal debitore cedente, oppure ormai decotto, affinché non vengano pregiudicate le ragioni dei suoi creditori, non dei terzi.

E in primo luogo bisogna osservare i canoni ermeneutici propri del diritto comune ond'è che per principio generale “statuta stricte interpretari debent” - “gli statuti devono essere interpretati in modo rigoroso”, o più precisamente che lo statuto “strictam et propriam tantum admittit interpretationem” - “ammette soltanto una interpretazione rigorosa e particolare” (I. Menochius, De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria, pars secunda, praes. 121, lib. 4, ed. Venetis 1603, f. 349 ra, nu. 9).

Considerato che nell'Ordinamento Sammarinese tutta la legislazione, successiva agli statuti, è individuata nelle fonti come altrettante singole *reformationes*, ed è quindi sempre da interpretarsi come legislazione particolare, come è lo statuto (cfr. la Rub. XIII del Libro I, delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, § 18 “et si statuta, vel reformationes contingentes casus non deciderent, secundum formam iuris communis et laudabiles consuetudines Terrae praedictae procedere, finire et terminare valenat” - “e se gli statuti e le riformazioni non decidessero i casi contingenti, si debba procedere, definire e terminare secondo la forma del diritto comune e le lodevoli consuetudini della anzidetta terra”), far derivare un principio generale, quale è quello enunciato dai convenuti, - *lite pendente nihil innovetur* - da un disposizione, che è così particolare in quanto disciplina ben altri istituti, non sembra affatto corretto o comunque al di fuori dei normali canoni di interpretazione, e per di più anche in contraddizione con i canoni che gli stessi convenuti invocano in seguito.

Sopra una tale disposizione - l'art. 3 - nell'istituto del giudiziale concorso dei creditori, attuato dalla Legge 15 novembre 1917, n. 17, come è altrimenti noto, trovano fondamento legislativo tutte le azioni revocatorie, comprese le speciali modifiche intervenute con l'art. 16 della Legge 31 luglio 1985, n. 88, e, almeno da questo punto di vista, non modificato dal primo comma dell'art. 16 della Legge 29 settembre 1987, n. 118.

9) Sulla natura di giudizio cognitivo della procedura concorsuale i convenuti allegano l'art. 9 della Legge 15 novembre 1917, n. 17, adducendo che il concorso dei creditori ivi è qualificato come “giudizio di liquidazione dei beni”.

In primo luogo si deve osservare che il disposto dell'art. 9 non riguarda affatto il concorso dei creditori, ma piuttosto le forme di esecuzione della procedura di concordato e di cessione dei beni. E' invece soltanto il successivo art. 10, che, nella suddetta Legge, apre la disciplina del concorso dei creditori: e in questa sede la stessa legge non parla più di giudizio, ma soltanto di “liquidazione dei beni del debitore”.

La liquidazione quindi é soltanto un ordine, mentre é il decreto, di cui parla il successivo art. 11, che apre il concorso. Sulla natura giurisdizionale di tale atto non esistono dubbi, ma esso non ha natura cognitiva: il problema è che il decreto non tutela situazioni soggettive, né si pone in essere mediante conflitto tra le parti, tant'è vero che, anche se fosse una sentenza, non si inquadra nella categoria delle cose giudicate sostanziali. E' poi da aggiungere che non esaurisce le finalità tipiche della procedura di concorso, ma rende possibile la realizzazione di queste finalità, senza riguardare tutti gli atti successivi come causalmente dipendenti dal decreto stesso. E' solo la sentenza, che viene emessa a norma dell'art. 16 e con la quale è definitivamente approvato il progetto di graduatoria dei creditori, che nella procedura di concorso ha valore cognitivo e quindi anche litigioso.

La fase del *iudicium concursus*, che segue al decreto previsto dall'art. 11, è così qualificata dalla migliore dottrina del diritto comune: “tum quia hoc iudicium praeventivum iuxta terminos l. si contendat de fideiussoribus (D.46.1.28) dicitur

praeparativum ad iudicium contentiosum super iuribus et titulis, actionibusque creditorum in hoc iudicio ventilandis. Ergo idem debet esse Iudex causae praeparantis, qui debet esse causae praeparatae” - “allora perchè questo giudizio preventivo accanto ai termini della legge si dice preparativo al giudizio contenzioso sopra i diritti, i titoli, e le azioni dei creditori da discutere in questo giudizio. Dunque lo stesso deve essere il giudice della causa da preparare prima, il quale deve essere della causa preparata” (cfr. F. Salgado De Somoza, *Labirintus creditorum concurrentium ad litem per creditorem*, ed. Venetiis, 1676, p. 13, nu. 18). Laddove è evidente che la lite vera e propria è solo e soltanto quella che si risolve con la pronuncia che viene definitivamente data *in causa praeparata* ai sensi del già ricordato art. 16 della Legge 15 novembre 1917, n. 17.

D'altra parte non ci si deve nascondere la specificità del *iudicium concursus* in nessuno dei suoi aspetti: “Et quia natura huius iudicii non dirigitur ad petendum aliquid a creditoribus, nec citatio eo tendit, sed potius ut admoniti de cessione bonorum, et concursu formando compareant creditores ad petendum sua credita, et consequendam solutionem, si exhibitis suis iuribus, et titulis ex quibus sibi aliquid deberi constiterit, iuxta uniusquisque gradum ex bonis, cassis, et dimissis a debitore sibi ipsis per iudicem concursus satisfiat” - “e poiché la natura di questo giudizio non si rivolge nel chiedere qualcosa ai creditori, né la citazione tende a questo, ma piuttosto affinché ammoniti sulla cessione dei beni, e sul concorso che sta prendendo forma, compaiano i creditori a richiedere i loro crediti, e a conseguire il pagamento, se esibiti i loro diritti, e i titoli, dai quali trovi fondamento quanto è loro dovuto, subito dopo il grado di ciascuno, dai beni ceduti e dimessi dal debitore, il concorso attraverso il giudice paghi loro stessi” (cfr. F. Salgado De Somoza, *Labirintus creditorum concurrentium ad litem per creditorem*, ed. Venetiis, 1676, p. 13, nu. 15).

Il principio *lite pendente nihil innovetur* non è applicabile a tale fase della procedura del giudiziale concorso fra creditori, proprio perchè non ha alcuna natura cognitiva.

10) Ma il richiamo in via di eccezione al suddetto principio - *lite pendente nihil innovetur* - investe anche altri aspetti fondamentali di causa, quali sono i poteri del Procuratore del Giudiziale concorso, e quindi l'autorizzazione accordata dal Magistrato a porre in essere un contratto di locazione in pendenza di *iudicium concursus*. E' stata sintetizzata dai convenuti nell'enunciazione del principio *alteri stipulari nemo potest*, e, sempre secondo i convenuti, vi avrebbero ancora una volta contravvenuto il Procuratore nel perfezionare la convenzione e il Magistrato nell'autorizzarla, di talchè l'una e l'altra sarebbero nulle. L'eccezione è del tutto infondata, perchè al Procuratore sono riconosciuti i poteri per dare in locazione il bene appartenente al giudiziale concorso e, conseguentemente, è più che legittimo ottenere l'autorizzazione a porre in essere un tale atto.

Eccepiscono infatti i convenuti che il Procuratore del Concorso, nominato ai sensi dell'art. 6, e poi confermato ai sensi del successivo art. 11 della stessa Legge 15 novembre 1917, n. 17, non aveva i poteri per poter dare in locazione il bene immobile già appartenuto alla decotta s.a. Satis e ormai compreso nelle attività del giudiziale concorso della medesima.

Ben poco in proposito stabilisce la suddetta Legge, mentre sul punto in questione assai più circostanziata è l'indagine della dottrina del diritto comune alla quale si deve necessariamente ricorrere, quale fonte sussidiaria per dirimere l'eccezione sollevata dai convenuti.

E' stato infatti affermato in dottrina che "bonis debitoris communis formantis litem et iudicium creditorum, quibus simul bona cedit et dimittit ut auctoritate iudicis satisfiant de suis creditis, cum statim ab eorum administratione se abstinere profiteatur et suomet facto et concursu eadem privetur, per necesse, a iudice concursus creandus erit administrator, apud quem deponantur, sequestrentur et maxima cura custodiantur, et diligenter administrentur" - "ai beni del debitore comune formante la lite e il giudizio dei creditori, ai quali contemporaneamente cede e abbandona i beni, affinché per autorità del giudice paghino sui loro crediti, quando costantemente abbia dichiarato apertamente di astenersi dalla loro amministrazione e per fatto suo e del concorso sia privato di quella, per necessità dal giudice sarà creato un curatore, presso il quale siano depositati, sequestrati e con la massima cura siano custoditi e diligentemente amministrati" gli stessi beni, chiarendo poi anche che "unum tamen animadvertendum erit, quod curator datus bonis debitoris quandoque dicitur defensor, quandoque administrator et ad hoc inter istos nulla datur differentia, quia doctores iis nominibus promiscue utuntur" - "ad una cosa tuttavia dovrà essere rivolta l'attenzione, che il curatore dato ai beni del debitore, talora è detto difensore, talora amministratore e perciò tra questi non c'è nessuna differenza, perchè i dottori usano questi nomi senza distinzione" (cfr. F. Salgado De Somoza, *Labirintus creditorum concurrentium ad litem per creditorem*, tomus primus, ed. Venetiis, 1676, p. 87, nu. 7 e nu. 10).

Premesso dunque, a scanso di tutti i possibili equivoci, che **nella dottrina del diritto comune con il termine *curator, defensor o administrator* si indica quello che la Legge 15 novembre 1917, n. 17, designa come il Procuratore del giudiziale concorso dei creditori, è poi opportuno vedere quali siano i poteri che gli vengono riconosciuti**. Si insegna pertanto "quam autem potestatem iste administrator recipiat in bonis concursus, discutimus breviter limitatam et restrictam [potestatem] recipiat ad solam et nudam administrationem, custodiam et conservationem et locationem bonorum" - "**come d'altra parte questo curatore riceva il potere sui beni del concorso, discutiamo brevemente; riceve un limitato e ristretto [potere] ad una sola e nuda amministrazione, custodia e conservazione e locazione dei beni**" (cfr. F. Salgado De Somoza, *Labirintus creditorum concurrentium ad litem per creditorem*, tomus primus, ed. Venetiis, 1676, p. 89, nu. 38). Dunque, contrariamente a quanto eccepiscono i convenuti, tra i poteri che la dottrina riconosce al Procuratore del Giudiziale Concorso c'è anche quello di dare in locazione i beni del decotto.

Chiara è poi la sua posizione, giacché è dalla nomina stessa che il Procuratore riceve alcune legittime facoltà, tra le quali gli si riconosce, senza sollevare questioni, anche quella di dare in locazione, "administrator nominatus ad bona concursus tamquam depositarius et sequester ut illa custodiar, facultatem recipiat colendi, locandi, exigendi debita et fructus vendendi, ac solvendi creditoribus, omnia exactaque diligentia custodiendi et conservandi" - "il curatore nominato ai beni del concorso, affinché custodisca quelli come depositario e sequestratario, riceva la facoltà di occuparsi, locare, esigere debiti e di vendere i frutti, e di pagare i creditori, con ogni e esatta diligenza di custodire e conservare" (cfr. F. Salgado De Somoza, *Labirintus creditorum concurrentium ad litem per creditorem*, Tomus secundus, ed. Venetiis, 1676, p. 53, nu. 1).

A riprova che una tale affermazione costituisce solida e definitiva opinione, ben collocata in una più ampia interpretazione sistematica nel diritto comune, è possibile aggredire l'argomento dei poteri del Procuratore anche da un altro punto di vista, quale è

quello che é stato enucleato in dottrina per giustificare il compenso pagato al medesimo Procuratore. L'esame delle ragioni, su cui si fonda l'atto di pagamento, fornisce l'elenco delle singole attività svolte dallo stesso Procuratore sicuramente in modo legittimo e pertanto retribuite. Ed è ovvio dunque concludere che il pagamento del compenso al Procuratore del Giudiziale Concorso sia giustificato, perchè gli sono riconosciuti pieni poteri nell'esercitare le singole attività che può porre in essere.

Le ricerche approdano però alle stesse puntuali conclusioni che vogliono il Procuratore pienamente legittimato a dare in locazione i beni: "eidem etiam administratori bonorum concursus tanquam depositario et sequestratario a iudice nominato ad curam, custodiam, atque gubernationem assignatur salarium arbitrio iudicis, aut curiae pro suo labore in colendo, locando, exigendo et custodiendo vendendo fructus et soluendo creditoribus" - "anche allo stesso curatore dei beni del concorso, come depositario o sequestratario nominato dal giudice alla cura, custodia, e governo è assegnato un salario a libera decisione del giudice, o per la cura in favore del suo lavoro nell'occuparsi, nel dare in locazione, nell'esigere e nel custodire, nel vendere i frutti e nel pagare i creditori" (cfr. F. Salgado De Somoza, *Labirintus creditorum concurrentium ad litem per creditorem*, ed. Venetiis, 1676, p. 89, nu. 30). A questo punto soccorre anche l'esegesi grammaticale, perchè l'uso del gerundio - *locando* - nel dare in locazione -, che, come è noto, serve per tradurre i casi indiretti dell'infinito, indica l'attività del dare in locazione come attività già legittimamente esercitata dal Procuratore, prima del pagamento del salario e durante la gestione del concorso. E così il punto, ritualmente eccepito dai convenuti, non ammette ulteriori discussioni. Tutto ciò infatti consente di concludere riconoscendo al Procuratore del concorso il potere di dare legittimamente in locazione i beni appartenenti al concorso stesso. In questo senso l'eccezione dei convenuti non può essere accolta.

**Resta comunque fermo il principio che una tale attività - *locando* - del Procuratore non deve mai ledere gli interessi dei creditori** perchè "cura, custodia et administratio bonorum concursus ad iudicem et curiam spectet et apud eam principaliter resideat, in cuius manibus debitor formans concursum bona sua universa custodienda et administrata admittat pro securitate et commodo creditorum ne dissipentur et nequam distraherentur, sed ut eiusdem curiae auctoritate et decreto subhastentur, et ex pecuniis redactis iudicis et curiae delegationibus nominatim et specialiter expeditis et obtentis creditores solvantur et de suis creditis satisfiant" - "la cura, la custodia e l'amministrazione dei beni del concorso spettano al giudice e al tribunale e presso quello principalmente risiede, nelle cui mani il debitore, che forma il concorso, lascia i suoi beni da custodire ed amministrare per la sicurezza e il vantaggio dei creditori, perchè non vengano sperperati e alienati per poco prezzo, ma affinché, per autorità e decreto dello stesso tribunale, vengano venduti all'asta, e, con i denari raccolti per assegnazione del giudice e del tribunale, designando per nome e in particolare, i creditori siano pagati e soddisfatti dei loro crediti, senza difficoltà e pretesti" (cfr. F. Salgado De Somoza, *Labirintus creditorum concurrentium ad litem per creditorem*, Tomus secundus, ed. Venetiis, 1676, p. 53, nu. 4).

Nel caso la convenzione perfezionata con l'attrice, con la quale il Procuratore del Concorso ha dato in locazione l'immobile, poi sottoposto a pubblica asta, non si può ritenere che abbia danneggiato i creditori della decotta Satis. Anzi il fabbricato, che per destinazione è un opificio industriale, assieme alle attrezzature ivi contenute, invece di essere disperso e privo di custodia, è stato tenuto in uso ed è stato assoggettato a quella che può considerarsi una ordinaria e doverosa manutenzione del bene, piuttosto che



essere abbandonato e dismesso come sempre accade in tali circostanze. Ha poi portato all'attivo del fallimento un contributo - il canone di locazione - che deve essere iscritto come una entrata e non certamente come una ulteriore perdita. Una tale situazione non ha poi minimamente influito sulla stima del fabbricato, che era già stato preso in considerazione per quello che ancora oggi è valutato a catasto, come un opificio industriale con attrezzature annesse.

La convenzione ha poi soddisfatto ad alcune evidenti e notissime esigenze sociali, che emergono dalle premesse dell'intervenuto contratto; esigenze nelle quali versavano alcuni creditori privilegiati, gli operai, evitando al concorso una conflittualità che poteva anche essere pericolosa ai fini del recupero di alcune situazioni patrimoniali, che potevano compromettere quello che oggi costituisce invece l'attivo del giudiziale concorso. Su tale aspetto non secondario esiste un voto unanime del Consiglio Grande e Generale il quale, ancorché non sia stato allegato agli atti di causa, è comunque un fatto acquisibile, perchè è da considerarsi processualmente notorio per la sede nella quale si è formato. Basterebbe soltanto ricordare la sua natura di atto solennemente preso in sede legislativa, per poter legittimare comunque i poteri del Procuratore del Giudiziale Concorso a contrarre una tale locazione, indipendentemente dalle allegate norme, derivanti dal diritto comune in materia e perciò sicuramente imperanti nell'Ordinamento Sammarinese.

Infine il decreto 19 ottobre 1990 e poi il pubblico bando del successivo 22 ottobre 1990, hanno dato ampiamente atto nella descrizione dell'immobile stesso - "immobile, concesso in locazione quinquennale rinnovabile unitamente alle attrezzature ivi contenute" - della esistenza di una locazione sull'opificio industriale da mandarsi all'asta pubblica. Ma avverso tale situazione, rispetto alla quale si deve necessariamente invocare la tutela dell'affidamento, non è stata proposta alcuna opposizione, nonostante l'ampia pubblicità data al decreto e al bando, né da parte dei convenuti, partecipanti alla gara, né da parte dei creditori del Giudiziale Concorso.

Anzi della situazione anzidetta - "secondo le condizioni del bando ivi compreso il contratto di locazione quinquennale rinnovabile dell'immobile e delle attrezzature ivi contenute" - ne è stato dato atto anche nel decreto di aggiudicazione emesso in favore dei convenuti del 15 marzo 1991, a seguito del quale gli stessi convenuti hanno già perfezionato il versamento del prezzo di aggiudicazione.

Conseguentemente la semplice esistenza di una tale situazione sull'immobile, sottoposto a bando d'asta, che peraltro non ha minimamente influito sul prezzo di stima, perchè precedente alla stipula del contratto di locazione, non può oggi essere opposta dai convenuti, né tanto meno può essere validamente sollevata nel loro interesse.

11) L'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, invocato dalla parte attrice, espressamente recita: "il locatario ha diritto di prelazione in caso di alienazione a titolo oneroso dell'immobile. Il proprietario deve comunicare al locatario, per mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, a quali condizioni intende alienare l'immobile, per consentirgli di accettare o meno entro trenta giorni da quello di ricezione della comunicazione. [...] In caso di violazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi, il locatario ha titolo per esercitare il diritto di prelazione di cui al primo comma, previo deposito, presso la Cancelleria del Tribunale Commissariale nelle forme di rito, della somma corrispondente a quella pattuita nell'atto di compravendita registrato".

Eccepiscono i convenuti "l'inapplicabilità della prelazione locatizia in caso di vendita coattiva, quale è quella realizzata dalla procedura concorsuale", perchè, nelle alienazioni

a titolo oneroso previste dal richiamato primo comma dell'art. 19, si comprenderebbero soltanto le "alienazioni volontarie", non la "vendita necessaria".

**Ma la procedura d'asta, tipica del concorso dei creditori, non può identificarsi nella "vendita necessaria" della dottrina allegata dai convenuti** (cfr. Tiraquellus, De utroque retractu, de retractu lignager, § 1, glo. XIV, Aut aequipulenti venditioni, nu. 11), **confondendo la procedura di liquidazione dei beni del debitore derivante dal concorso, con l'esecuzione forzata sui beni del debitore derivante invece da un titolo esecutivo già formato per giudiziale pronuncia.**

**Nelle fonti la natura della procedura d'asta tipica del *iudicium concursus* è chiaramente indicata in una vera e propria vendita, non come una espropriazione forzata in dipendenza di un titolo esecutivo**, perchè "tempore subhastatione finito, extincta iam candela, sicque perfecta semel subhastatione, venditio quoad ultimum licitatore plus offerentem tempore congruo perfecta dicitur; et contractus celebratus et omnino consummatus, ita ut poenitentie amplius locus non sit" - "terminato il tempo dell'asta, spenta la candela, e così non appena [é] perfetta l'asta, la vendita si dice perfetta finché c'è per congruo termine l'ultimo partecipante più offerente; e il contratto celebrato e del tutto consumato, così che non c'è più oltre luogo di pentimento" (cfr. F. Salgado De Somoza, Labirintus creditorum concurrentium ad litem per creditorem, Tomus primus, ed. Venetiis, 1676, p. 295, nu. 4).

**Attraverso lo strumento della *licitatio* non si realizza nessuna "vendita necessaria", nessuna esecuzione forzata - né tanto meno la *datio in solutum necessaria* del diritto comune -, bensì soltanto la liquidazione officiosa del patrimonio del debitore nell'interesse del concorso dei creditori:** "post longum examen iurium omnium creditorum in iudicio concursus formato per debitorem communem comparentium, lataque graduationis sententia, qua singulis assignatur locus iuxta cuiusve creditoribus ipsis, bona concursus subhastantur, ut ex eorum pretio quilibet gradatim solvatur et dimittatur" - "dopo un lungo esame dei diritti di tutti i creditori nel giudizio di concorso che si è istituito da parte del debitore comune dei comparenti, e pubblicata la sentenza di graduazione, che ai singoli viene assegnato il luogo come agli stessi creditori, i beni del concorso sono posti all'asta, affinché dal loro prezzo chiunque per gradazione venga pagato e soddisfatto" (cfr. F. Salgado De Somoza, Labirintus creditorum concurrentium ad litem per creditorem, Tomus secundus, ed. Venetiis, 1676, p. 26, nu. 1).

L'applicazione del principio enunciato dai convenuti, per cui la "datio in solutum necessaria non comprehenditur in statutis loquentibus de venditionibus" - "la *datio necessaria* in pagamento, non è compresa negli statuti che parlano delle vendite", è poi anche contraddetto dalla esatta dizione del primo comma dell'art. 19, che non parla solamente dell'atto di vendita, ma colpisce con il diritto di prelazione tutti i trasferimenti che rientrano nel più generico termine di "alienazione a titolo oneroso". In altre parole l'art. 19 non può essere ritenuto soltanto un semplice *statutum loquens de venditionibus*, come invece vorrebbero i convenuti, bensì una norma, sempre a titolo particolare, ma dove, in modo molto più generico, si dispone sulle alienazioni in generale, cioè su tutti i trasferimenti di un bene immobile a titolo oneroso.

**Inoltre sulla legittimità che nell'ordinamento sammarinese possa essere fatto valere il diritto di prelazione in sede di vendita all'asta di un bene immobile, si deve poi ricordare un precedente non trascurabile per concludere definitivamente che l'eccezione dei convenuti non trova fondamento e quindi non può essere accolta.**

**E' stato ritenuto in giurisprudenza che "avendo i mezzadri di alcuni poderi, compresi nell'eredità [giacente], avanzato istanza di voler esercitare il diritto di prelazione, loro spettante ai sensi dell'art. 6 della Legge 23 febbraio 1956, n. 6, con successivo decreto in data 5 marzo 1974 si specificava che i coltivatori avevano diritto di prelazione a parità di condizioni di ogni altro eventuale concorrente e dovevano pertanto assoggettarsi a tutte le condizioni previste nell'emesso bando d'asta"** (cfr la sentenza del Commissario della Legge n. 108 dell'anno 1974 nella causa civile n. 31 dell'anno 1973).

Il caso non è in tutto identico a quello posto in decisione, ma certamente è da ritenersi analogo per l'affermazione del principio che il diritto di prelazione può essere fatto valere nei confronti di una vendita all'asta. La nuova procedura prevista dall'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, semmai è più articolata soltanto nelle formalità da adempiere da parte del venditore per consentire l'esercizio del diritto di prelazione.

Si segnala quindi, soltanto *ad abundantiam*, ma sempre contro gli argomenti proposti dai convenuti e già esaminati, che il primo comma dell'art. 6 della Legge 23 febbraio 1956, n. 6, è addirittura molto più specifico del primo comma dell'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, perchè riconosce il diritto di prelazione soltanto "in caso di vendita", non per il caso di una generica "alienazione a titolo oneroso".

**L'asta pubblica dunque rappresenta lo strumento processuale, attraverso il quale si è formato il prezzo del singolo bene immobile appartenente alla massa attiva del giudiziale concorso, e si è così perfezionata la vendita - immobile e attrezzature - dell'intero opificio industriale. Da questo punto di vista l'acquisto a mezzo asta può ben considerarsi una "alienazione a titolo oneroso" e quindi, come ritiene l'attrice, soggetto al diritto di prelazione di cui al primo comma dell'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117.**

**12) Il secondo comma dell'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117 stabilisce che "il proprietario deve comunicare al locatario, per mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, a quali condizioni intende alienare l'immobile, per consentirgli di accettare o meno entro trenta giorni da quello di recezione della comunicazione".**

**In questo caso "l'interpello" a chi vanta il diritto di prelazione non è generico, come è quello previsto dal primo comma dell'art. 6 della Legge 23 febbraio 1956, n. 6, ma invece ha una sua procedura, che deve essere rispettata; in difetto si pone in essere quanto previsto dall'ultimo comma dello stesso art. 19.**

Eccepiscono i convenuti che il comportamento concludente della partecipazione all'asta deve intendersi come tacita rinuncia all'esercizio del diritto di prelazione, deducendo come tale diritto sorge "nel momento in cui nel locatore si forma la volontà di alienare il bene locato".

Si osserva soltanto che il momento decisivo non è così generico come vorrebbero i convenuti, ma coincide per un largo tratto con il perfezionarsi della volontà di acquistare e perlomeno fino al momento della formazione del prezzo, come poi afferma l'allegata giurisprudenza in materia, quando riconosce l'esercizio della facoltà "a parità di condizioni di ogni altro eventuale concorrente", che comunque deve "assoggettarsi a tutte le condizioni previste nell'emesso bando d'asta" (cfr la sentenza del Commissario della Legge n. 108 dell'anno 1974 nella causa civile n. 31 dell'anno 1973).

Ne discende che **il termine per l'esercizio del diritto di prelazione non decorre dalla data del bando - il 22 ottobre 1990 -, bensì dalla data di esperimento dell'asta stessa,**

che è il 5 dicembre 1990, quando la c.d. “volontà di alienare il bene locato”, come è definita dai convenuti, si è completata in tutti i suoi elementi, ivi compreso la determinazione del prezzo a mezzo pubblica asta. E da questo punto di vista la domanda di accertamento per l'esercizio del diritto di prelazione a sensi dell'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, e la richiesta di esercitarlo “a parità di condizioni di ogni altro eventuale concorrente” e di “assoggettarsi a tutte le condizioni previste nell'emesso bando d'asta”, é stata tempestivamente presentata. Deve quindi riconoscersi che l'attrice ha titolo per esercitare il diritto di prelazione.

13) Accertato dunque che l'attrice ha titolo per il riconoscimento del diritto di prelazione ex art. 19, si deve ora tornare all'iniziale domanda, perchè è stato richiesto “apposito provvedimento, contenente tutte le indicazioni e direttive per dare pratica attuazione al diritto di prelazione che alla società stessa compete in virtù della legislazione vigente”. L'attrice ha pertanto richiesto l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 19 e cioè che “in caso di violazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi, il locatario ha titolo per esercitare il diritto di prelazione di cui al primo comma, previo deposito, presso la Cancelleria del Tribunale Commissariale nelle forme di rito, della somma corrispondente a quella pattuita nell'atto di compravendita registrato”.

Si deve infatti riconoscere che da parte del Procuratore del Giudiziale Concorso, ai sensi del secondo comma dell'art. 19, l'atto di “interpello” all'attrice, che vanta il diritto di prelazione, formalmente non é stato mai dato. E la formale comunicazione al locatario per mezzo di una raccomandata con avviso di ricevimento, o in forma analoga, è una disposizione che non può essere disattesa, perchè altrimenti si integrano gli estremi della “violazione” richiesta per l'esercizio della prelazione.

L'impegno a partecipare all'asta assunto dalla stessa attrice, come si è visto, ha ben altri significati giuridici: sul piano strettamente formale non sostituisce in alcun modo l'atto di “interpello”.

Ne discende che l'attrice ha titolo per chiedere l'applicazione dell'ultimo comma dell'anzidetto art. 19 “a parità di condizioni di ogni altro eventuale concorrente”, cioè dei convenuti, e comunque deve “assoggettarsi a tutte le condizioni previste nell'emesso bando d'asta” (cfr la sentenza del Commissario della Legge n. 108 dell'anno 1974 nella causa civile n. 31 dell'anno 1973).

Avendo quindi partecipato all'asta potrà esercitare il diritto di prelazione adempiendo al formale deposito della somma di aggiudicazione “presso la Cancelleria del Tribunale Commissariale nelle forme di rito”, siccome è richiesto dalla legge.

E' proprio avverso il decreto di aggiudicazione del 15 marzo 1991 che l'accertato diritto di prelazione, formalmente manifestato con l'istanza dalla attrice, spiega tutti i suoi effetti di retratto. Una volta stabilito che all'attrice spetta l'esercizio del diritto di prelazione, il decreto anzidetto deve essere revocato, per cui le somme depositate dai convenuti dovranno essere restituite ai medesimi dalla stessa Cancelleria, che riceve il deposito della attrice.

**La somma stabilita per l'alienazione dell'immobile è stata individuata con la procedura d'asta e costituisce a carico del compratore, o nel caso dei due compratori, in attuazione del principio nominalistico - la numerata pecunia dell'atto di subasthatio - il “denaro contante” delle fonti di diritto comune -, un debito di valore, non di valuta.** Ciò discende anche dalla lettera dell'ultimo comma dell'art. 19, che infatti determina tale somma in una cifra “corrispondente a quella pattuita nell'atto di compravendita registrato”, che è nominalmente determinata e non in altra. E poi si

deve anche considerare che il formale deposito, che segue la violazione dell'atto di "interpello", può anche non essere necessariamente contestuale all'alienazione a titolo oneroso, ma essere eseguito in tempi successivi, per cui ne discende, in forza sempre del principio nominalistico, che sulla somma predetta non maturano interessi di sorta.

14) Nelle finali allegazioni in diritto i convenuti hanno richiesto anche che "di voler dichiarare che tutte le spese inerenti alle opere di manutenzione straordinaria effettuate nell'immobile di cui è causa dalla s.a. Manifatture San Marino in forza di decreto 21 marzo 1991 sono a completo carico della ditta locataria stessa (s.a. Manifatture San Marino), salvo l'obbligo per la stessa di riporre le strutture in pristino stato a sua cura e spese alla cessazione del rapporto locativo".

L'istanza rispetto alle contestazioni iniziali avanzate dai convenuti, è introdotta per la prima volta in quello stato del giudizio che segue la conclusione, anche se in atti, con comparsa del 24 ottobre 1991, è stato depositato il documento "richiesta di autorizzazione all'esecuzione di opere nell'immobile di cui è causa, avanzata in data 11 marzo 1991 dall'Avv. Livio Baccocchi, e relativo decreto commissariale", ma non é stata coltivata eccezione.

Ma è la richiesta che si deve considerare tardivamente avanzata nelle finali allegazioni: la domanda è nuova e sulla stessa non si é potuto realizzare alcun contraddittorio. Pertanto sul piano formale non può essere accolta. Si può invece precisare, come già l'autorizzazione stessa espressamente prevedeva, che le spese fossero a carico soltanto della attrice, per cui sul punto sostanzialmente non ci sarebbe neppure da dirimere questione.

Si ritiene infine che per la novità del caso in questione le spese ed onorari del presente giudizio devono essere compensati tra le parti in causa, in attuazione del § 273 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, laddove dispone "nisi tamen ipse victus legitimam litigandi causam habuerit" - "se però esso vinto non abbia avuto una legittima causa di litigare".

## 112.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 14 febbraio 1994.

Grassi Gian Carlo e Cesaretti Patrizia (Avv. P.L. Baccocchi) : Gasperoni Emilia Maria Grazia (Avv. L. Mazza) – Causa n. 275, anno 1990.

### **Vendita – Vizio del Consenso – Errore e dolo – Risarcimento del danno.**

*Sia il caso dell'errore intervenuto su una qualità accidentale della cosa venduta, sia il caso del dolo incidente, sono egualmente regolati dall'actio empti, che consente al compratore di ottenere la restituzione del prezzo ingiustamente pagato.*

---

FATTO

Con atto di citazione in data 10 ottobre 1990 il signor Grassi Gian Carlo ha convenuto avanti a questo Tribunale la signora Gasperoni Emilia Maria Grazia (o Graziella) per sentire “dichiarare che il garage venduto non corrisponde a quello visto ed accettato dall’attore e quindi condannare al risarcimento del danno pari al minor valore dell’attuale garage rispetto all’altro, come verrà determinato in corso di giudizio. Il tutto con vittoria di spese ed onorari di causa”.

Esponeva l’attore di avere acquistato dalla convenuta, con scrittura privata in data 7 aprile 1989 per sé o per persona da nominare porzioni di fabbricato sito a Serravalle, via Olivella n. 42, e più precisamente un appartamento al piano sottotetto (mansarda) con garage al piano interrato, che erano stati mostrati in precedenza dalla convenuta alla presenza del mediatore. In data 1 febbraio 1990 le parti ponevano in essere il formale atto di trasferimento degli immobili con atto del notaio Luigi Lonfermini, rep. 2318, reg.to a San Marino il 28 febbraio 1990 al n. 814 Vol. 205 del registro di formalità. Successivamente esso attore veniva a conoscenza, tramite il legittimo proprietario che il garage acquistato non corrispondeva a quello visto, accettato ed occupato, bensì ad un altro. Afferma l’attore che “tale fatto in sé non sarebbe di alcuna importanza senonché al garage effettivamente trasferito non è possibile accedere con la macchina, lo stesso si presenta sprovvisto di intonaco e pavimentazione e più corto di circa 30 cm.”.

All’udienza fissata per la seconda citazione si costituiva la convenuta a mezzo procuratore, il quale, nel concesso termine statutario per rispondere ed eccepire rilevava “l’infondatezza in fatto ed in diritto dell’istanza attrice in quanto è stato con estrema chiarezza indicato l’immobile oggetto di compravendita peraltro allibrato e quindi facilmente individuabile da foglio e particella”. Nel corso dei rituali termini di prova veniva eseguito l’accesso giudiziale, venivano escussi testi ed ammessi documenti.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. Il 15 luglio 1993, dichiarato all’uopo giuridico, si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo era posto in *pro servato*.

La procura attrice ha concluso chiedendo, “accolta la domanda dell’istante come di ragione, condannare il convenuto al pagamento della somma di L. 4.980.000= a titolo di risarcimento danno in favore dell’attore, ovvero a pari somma a titolo di diminuzione del prezzo, con interessi e danno da svalutazione a far data dalla domanda. Il tutto con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio”.

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo: “a) in via preliminare dichiarare la nullità degli atti procedurali per difetto di contraddittorio per l’assenza della signora Cesaretti Patrizia, comproprietaria dell’immobile e quindi parte necessaria del giudizio; b) respingere, nel merito, la richiesta di risarcimento avanzato dall’attore in quanto non risulta provato che vi sia stato un’errata indicazione dell’immobile acquistato e che lo stesso sia stato visto nel suo stato di finitura interna ed in ogni caso in quanto il danno, indicato unicamente nella perizia di parte assunta in assenza di contraddittorio, non può essere valutata in corso di giudizio, il tutto con condanna del Grassi Gian Carlo al pagamento delle spese e degli onorari di causa; c) in via subordinata, che il danno sia limitato soltanto ai costi delle rifiniture interne determinati in via equitativa, tenuto conto dello stato di comparazione dei due locali”.

La procura convenuta sollevava dunque nelle allegazioni finali una eccezione relativa al “difetto di contraddittorio per l’aver agito il Grassi in assenza della comproprietaria dell’immobile, parte necessaria del giudizio, la quale peraltro nessuna eccezione ha mai avanzato alla parte venditrice in ordine all’immobile acquistato e tanto meno richieste di

risarcimento”, ritenendo che a ciò dovrebbe conseguire “la dichiarazione di nullità degli atti per l’assenza della sig.ra Cesaretti Patrizia, parte necessaria per il rispetto del contraddittorio”.

Preso atto di tale eccezione pregiudiziale, con sentenza depositata il 27 agosto 1993 e pubblicata in data 16 settembre 1993, questo Giudicante sospendeva ogni decisione sul merito, ordinando all’attore Grassi Gian Carlo di integrare il contraddittorio con la chiamata in causa della signora Cesaretti Patrizia, comproprietaria dell’immobile di cui è causa, assegnando all’uopo il termine di trenta giorni correnti dalla notifica della sentenza medesima.

Nel termine concesso, la signora Cesaretti Patrizia, a mezzo procuratore, si dichiarava “a perfetta conoscenza della sentenza interlocutoria 26.8.1993, rilevava di non essere mai intervenuta nelle trattative e che l’acquisto era stato fatto dal marito anche a suo favore”, e dichiarava “di aderire in toto alle richieste ed alle conclusioni avanzate dal Grassi”.

La procura convenuta precisava, con comparsa in data 25 novembre 1993 che “l’adesione della signora Cesaretti Patrizia alle richieste ed alle conclusioni del coniuge Grassi Sergio non modifica la situazione processuale ove si rilevano un insieme di prove raccolte, eccezioni e riserve in sede processuale, alle quali la stessa, in quanto non presente quale parte del giudizio è estranea”.

Con decreto in data 26 novembre 1993 veniva accordato alle parti il termine di dieci giorni per la presentazione di eventuali memorie. All’udienza del 13 gennaio 1994 la procura attrice addiveniva alla irrotulazione, mentre nessuno compariva per la parte convenuta, e la presente causa era posta in *pro servato*.

## DIRITTO

1. Devesi, in via preliminare, dare atto dell’avvenuta integrazione del contraddittorio con l’intervento volontario in causa della consorte dell’attore, signora Cesaretti Patrizia, comproprietaria dell’immobile di cui è causa, nel termine fissato con sentenza interlocutoria in data 26 agosto 1993, la quale è così divenuta parte nel presente giudizio, e, accettando le conclusioni e le richieste del signor Grassi, ha sanato il vizio del procedimento.

La pregiudizialità dell’eccezione sollevata dalla procura convenuta nelle finali allegazioni, ha infatti condotto il giudicante, sulla scorta dell’esame degli atti, a sospendere ogni pronuncia sul merito e ad ordinare l’integrazione del contraddittorio nei confronti della comproprietaria dell’immobile acquistato dal signor Grassi, aderendo ad un consolidato orientamento della giurisprudenza sammarinese (sentenza del Commissario della Legge in data 7 novembre 1964, in *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 252 s.), ed anche in considerazione di ragioni di economia processuale, atteso che la dichiarazione di nullità degli atti per difetto di contraddittorio avrebbe avuto effetto estintivo del procedimento, ma non dell’azione, la quale poteva dunque essere riproposta.

Rilevata l’avvenuta sanatoria del vizio inficiante il procedimento, occorre, dunque procedere all’esame del merito della presente controversia.

2. La parte attrice, che ha acquistato dalla convenuta un appartamento con annesso garage, lamenta che il garage effettivamente acquistato non corrisponde a quello visto ed accettato, rispetto al quale sarebbe di valore inferiore ed esperisce la presente azione al fine di ottenere il “risarcimento del danno pari al minor valore dell’attuale garage

rispetto all'altro", affermando l'esistenza di "una piccola "truffa", una malizia della venditrice che le ha procurato un profitto ingiusto perché derivante dalla valutazione sbagliata che dell'immobile fece il teste Hoffer per il Grassi, al quale corrisponde una altrettanto ingiusta diminuzione patrimoniale per il maggior prezzo sborsato [...] Ad onor del vero, più che di un vizio della cosa riconducibile alle garanzie che il venditore è tenuto, dalla legge o dal contratto, a prestare, il fatto potrebbe costituire in linea di principio un vero e proprio vizio del consenso idoneo a rendere annullabile il contratto. La sanzione di nullità, però, sembra a chi scrive inidonea nel caso di specie, a ricondurre a giustizia l'interesse compromesso, affinché nessuno possa gloriarsi della propria condotta maliziosa, tanto meno la Gasperoni che dolosamente o per lo meno, con gravissima leggerezza ha cagionato l'inesatta rappresentazione della realtà nell'acquirente".

Sulla scorta di quanto precede, e dunque delle affermazioni e delle richieste della parte attrice, appare opportuno enucleare i principi giuridici che disciplinano la presente fattispecie, nella quale si afferma essere intervenuto un vizio del consenso che ha indotto la parte attrice a concludere un contratto che avrebbe ugualmente concluso, ma a condizioni diverse, se fosse stata a conoscenza del vizio lamentato. In particolare, si tratta di verificare se sia intervenuto errore o dolo ed analizzare le conseguenze che ne derivano.

3. *E' noto che la vendita è un contratto consensuale (D.18,1,9: "In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est. Ceterum sive in ipsa emptione dissentient, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est"). Perché sussista un valido contratto di compravendita è dunque indispensabile l'esistenza del consenso delle parti, unitamente alla determinazione della cosa e del prezzo (cfr. DE LUCA, Dottor Volgare, Lib. VII, parte II, cap. I, n. 4: "il contratto della compra e vendita desidera necessariamente i tre requisiti; cioè il medesimo consenso valido, e perfetto; la cosa certa; ed il prezzo certo, senza li quali non si dice vendita valida e perfetta". Nello stesso senso J. VOET, Commento alle Pandette, cit., Lib. XVIII, tit. I, n. 1: "tre sono i requisiti essenziali di questo contratto: il consenso, la merce ed il prezzo: dove manchi uno di questi, non c'è compera").*

*La dottrina ha evidenziato che "osta al consenso il timore ed il dolo" e anche "l'errore, il quale tal fiata rende nulla la compera, tal altra no" (J. VOET, op. loc. ult. cit., nn. 4 e 5). In definitiva, qualora il consenso di una delle parti sia viziato in modo che possa escludersi che questa l'abbia effettivamente prestato, la vendita sarà nulla, con tutte le conseguenze del caso. Quando, invece, il vizio del consenso sia tale che la parte avrebbe ugualmente concluso il contratto, ma a condizioni diverse, il contratto sarà da ritenersi valido ed efficace, ma soccorrono a favore della medesima parte rimedi al fine di ricondurre ad equità le prestazioni.*

*L'errore si sostanzia nella falsa cognizione di una situazione, la quale può escludere il consenso oppure condizionarlo, quando si presenta come accidentale, vale a dire cade su una qualità non essenziale della cosa oggetto della vendita. Nel primo caso la vendita è nulla, nel secondo caso il contratto sarà valido, ma il compratore avrà diritto alla riduzione del prezzo: "sussiste la vendita nonostante l'errore, se questo si riferisce ad una qualità puramente accidentale della cosa venduta. Nel qual caso per altro ha luogo o l'azione quanti minoris, o quella di compera (ex empto) per la diminuzione del prezzo. [...] non si dee tampoco risarcire il compratore della emersa differenza, ossia del danno che gliene occorre, qualora il venditore sia stato indotto da giustificato motivo;*



*imperciocchè se ne sarà stato consapevole, o se l'errore avrà proceduto da ignoranza crassa ed ostentata da parte di esso venditore, è ragionevole che debba egli nondimeno essere condannato a risarcire il danno" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. XVIII, tit. I, n. 6).*

*Quanto al dolo, si rileva che, secondo il diritto romano classico, il dolus è costituito dagli artifizii e raggiri che influenzano la volontà di uno dei contraenti, arrecando allo stesso un danno. Secondo la definizione, riportata da Ulpiano in D.4,3,1, § 2, "dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem, quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, et aliud agitur. Labeo autem posse sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari: sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua vel aliena. Itaque ipse sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam" (tale è anche la definizione accolta dalla giurisprudenza sammarinese. Cfr. la sentenza del Commissario della legge in data 20 agosto 1931, Giur. samm., 1931-32, p. 32). Il dolo, pertanto, consiste in un comportamento diretto ad indurre o a mantenere altri in errore, perché manifesti il suo consenso alla conclusione di un contratto che, se conoscesse come in realtà stanno le cose, non avrebbe concluso, o comunque avrebbe concluso a condizioni diverse. Il dolo si esercita non solo con atti positivi, ma anche con un atteggiamento meramente passivo di fronte all'errore altrui, che sarebbe doveroso, rispetto al principio della diligenza, eliminare nei rapporti contrattuali.*

*Nell'epoca del diritto intermedio, emerse, con i glossatori, la distinzione tra dolus causam dans e dolus incidens. Nel primo caso, il contraente senza il dolo non avrebbe concluso il contratto, per cui nei contratti bonae fidei (quale era ad esempio, la vendita) il contratto era considerato non perfetto, e quindi era concessa l'azione diretta alla dichiarazione di nullità; nel secondo caso, invece, siccome il contraente senza gli artifizii, avrebbe ugualmente concluso il contratto, ma a condizioni diverse, era data una azione ex contractu contro l'acquirente per costringerlo a dare il giusto prezzo o a restituire il bene in cambio del prezzo ingiusto pagato, e, del pari, contro l'alienante per ottenere la "reformatio" del contratto.*

*Se la traditio aveva avuto luogo, nel caso di dolus causam dans era data all'alienante l'actio doli per rendere inefficace la traditio e riavere la res tradita. Ciò in considerazione anche del carattere residuale e sussidiario dell'azione di dolo, la quale spettava quando non vi erano altri rimedi tipici da esperire (J. VOET, op. cit., Lib. IV, tit. III, n. 3: "se il dolo diede causa ad un contratto di buona fede, questo è nullo issoiure, senza che vi sia bisogno della restituzione in intero. E siccome ciò che è nullo non può produrre verun effetto; così non si può ritenere trasferito nel compratore né il dominio, né verun altro diritto in forza della tradizione susseguita ad un affare nullo").*

*Nel caso di dolus incidens, nei contratti di buona fede "né il contratto è nullo issoiure, né ha luogo l'azione infamante di dolo, ma piuttosto è concessa l'azione scattando dallo stesso contratto di buona fede; atteso che nei contratti di buona fede è sempre issoiure inerente l'azione e la eccezione di dolo; e però provato che sia il dolo, ne seguirà l'assoluzione di chi oppone la eccezione, o verrà reintegrata la causa di quello che avrà mossa l'azione" (J. VOET, op. cit. Lib. IV, tit. III, n. 4).*

*Il dolo, peraltro, occorre che sia provato: "come non si può presumere il timore, e bisogna provarlo, così anche il dolo conviene che sia provato: e conciossiachè questo sta nell'animo, fu rescritto che non d'altronde lo si può meglio desumere e farne ragione,*

*che dalla qualità del fatto e quindi dalle circostanze", tanto che l'azione non può essere esperita quando non sia chiaramente provato un "grande ed evidente raggiro" (J. VOET, op. loc. ult. cit., n. 2 e 13. R.G. POTHIER, Le Pandette di Giustiniano, Lib. IV, tit. III, n. 1, precisa che "uopo è che concorrano tre requisiti, affinché abbia luogo questo editto: 1° che sia stata fatta qualche cosa con dolo malo; e che il dolo sia stato provato da indizi evidenti; 2° che alcuno sia stato ingannato in cosa non piccola; 3° che quegli che soffre il dolo non abbia altro rimedio legale").*

*L'actio doli può essere esperita entro il termine di due soli anni (C. 2, 21, 3 e 8), "computabili dal dì in che fu commesso il dolo, non dal dì in che se n'ebbe contezza, sicché entro quello spazio di tempo debbe l'azione essere incominciata e finita, qualora chi ha sofferto il dolo non sia impedito ad esercitarla per assenza di causa di pubblico servizio. Ciò nullaostante è fuor di controversia che l'azione contra il fatto per tanto in quanto l'avversario si avvantaggiò del dolo, debb'essere data in perpetuo" (J. VOET, op. loc. ult. cit., n. 12).*

*Trattasi, peraltro, di una azione di carattere sussidiario che non trova applicazione in presenza di rimedi contrattuali tipici, come nel caso della vendita ove il compratore ed il venditore possono, rispettivamente, far valere il dolo con l'actio empti e con l'actio venditi: "talvolta, poiché il venditore disse con animo di ingannare, e quindi fu in dolo, sta scritto che debb'essere data un'azione, e propriamente quella di compera, ovvero sia nascente dal contratto stesso, in quanto che l'azione di dolo è inerente a quella di compera: onde è che non va data l'azione infamante e sussidiaria di dolo" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. IV, tit. III, n. 4).*

*L'applicabilità dell'actio empti nel caso di dolo del venditore trova fondamento nel fatto che, secondo il diritto romano, se era stato pattuito che la cosa venduta dovesse avere certe qualità, il venditore era tenuto a consegnare la cosa avente le qualità stabilite. Tale patto poteva essere espresso (D.21,1,17 § 20) o anche tacito (D.19,1,21, § 2), come quando, ad esempio, per le circostanze in cui era stato concluso il contratto, poteva intendersi che le parti avevano considerato esistenti certe qualità. In mancanza delle qualità tacitamente pattuite, il compratore aveva il diritto al risarcimento del danno, mentre nel caso di patto espresso, erano accordate le azioni edilizie. In sostanza, si aveva la risoluzione del contratto e conseguente risarcimento danni. Tale disciplina continuò ad essere applicata nel diritto comune, ove la c.d. cauzione di dolo fu considerata un elemento naturale della vendita (R.G. POTHIER, Le Pandette di Giustiniano, Lib. XIX, tit. I, n. 55: "nel contratto di compera di rado soglionsi aggiungere queste parole: il venditore non dovrà commettere dolo malo. Chè, se anche non fu fatta questa aggiunta, il venditore non dee commettere dolo". Si veda anche T.M. RICHERI, *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia*, Lib. III, tit. XVII, n. 2491). Ne consegue che, se il venditore ha dissimulato qualche difetto della cosa, è data al compratore l'actio empti, per effetto della quale si avrà la rescissione del contratto "quando è probabile che il compratore non fosse per comperare la cosa se ne avesse conosciuti i difetti" (R.G. POTHIER, op. loc. ult. cit., n. 57), ovvero l'azione per la restituzione del prezzo ingiusto pagato nel caso di dolo incidente: "maggiore difficoltà sorge dalla legge 10 Cod. De rescindenda venditione, la quale, ragionando del dolo incidentalmente intervenuto in un contratto di compera [...] soggiunge che a quello il quale fu ingannato con dolo compete la restituzione in intero in confronto di quello col quale avea contratto. [...] anche nella detta legge 10 la restituzione in intero altro non è se non la restituzione del prezzo non giusto stabilito con dolo, ossia la infirmazione di*

*esso a cagione di dolo, adoperata all'uopo l'azione di compera e vendita" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. IV, tit. III, n. 4).*

*Dai principi segnalati si evince, pertanto, che sia il caso dell'errore intervenuto su una qualità accidentale della cosa, sia il caso del dolo incidente soggiacciono alla stessa regolamentazione, vale a dire all'actio empti al fine di ottenere la restituzione del prezzo ingiusto pagato.*

4. Così a grandi linee delineata la disciplina dell'errore e del dolo, occorre procedere alla applicazione della stessa alla presente fattispecie, nella quale il lamentato vizio del consenso rileva - come già evidenziato - non al fine della declaratoria di nullità del contratto, ma al fine della riduzione del prezzo pagato. Si segnala, infatti, che il garage si pone come elemento secondario ed accessorio rispetto all'oggetto del contratto, costituito dalla vendita di una mansarda.

In particolare, si deve verificare se effettivamente vi fu errore della parte attrice o dolo della convenuta nella formazione del contratto, che abbia indotto il compratore a concludere il contratto a condizioni più onerose.

Alla luce dei principi che regolano la fattispecie in esame deve dunque, in via preliminare, essere sciolta la riserva formulata con decreto in data 11 giugno 1991 di ammissione dei testi Vannucci Alberto ed Hoffer Ottorino, a seguito di eccezione formulata dalla procura convenuta con comparsa in data 16 maggio 1991, la quale si opponeva "all'ammissione dei testi indicati in quanto il rogito notarile, peraltro non prodotto dalla parte attrice, riguardava compravendita di una porzione di immobile allibrato e quindi identificata con precisi dati catastali ed allibramento. L'identificazione dei beni oggetto della vendita sono stati quindi identificati con precisione nel rogito notarile e quindi con prova documentale".

**Occorre subito rilevare che la prova testimoniale, nell'ordinamento sammarinese non subisce limitazioni, e nemmeno risulta espressamente e tassativamente stabilita "l'inammissibilità della prova per testimoni contro la scrittura" (T.C. GIANNINI, *Sommario di Procedura Giudiziaria Sammarinese*, cit., p. 71).** Il principio giustiniano, per cui "contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur" (C.4,20,1) ammette infatti delle eccezioni "nel concorso di particolari e concludenti circostanze che possano giustificarla, in speciali fattispecie" (Sentenza del Giudice delle Appellazioni in data 9 aprile 1970, *Giur. Samm.*, 1970-80, p. 143).

Nel caso in esame il giudizio verte sull'accertamento dell'esistenza di un vizio del consenso avvenuto nel procedimento di formazione del contratto, e dunque nella fase delle trattative contrattuali, precedente la conclusione del contratto con la forma dell'atto pubblico. Ne consegue che una cosa è la prova documentale del contratto e della necessaria individuazione dell'oggetto dello stesso, altra è la prova del comportamento tenuto dalle parti nella fase delle trattative, ove il consenso si è formato sulla scorta dell'esame visivo dell'immobile oggetto del contratto e non sulle indicazioni planimetriche.

La prova testimoniale, dunque, deve ritenersi ammissibile, in quanto non diretta a contrastare le risultanze di un atto pubblico, ma a creare il convincimento del giudice su fatti e comportamenti idonei ad incidere sulla formazione della volontà negoziale.

5. A sostegno della pretesa vantata la parte attrice ha - come detto - indotto, quali testi, il signor Vannucci Alberto, mediatore, e il signor Hoffer Vittorino.

Il primo afferma: "la convenuta la mostrato le due porte dei garages n. 12 e 13. Preciso che i garages erano chiusi, ma non posso dire con esattezza se fosse stato mostrato il

garage n. 12 o n. 13". Rispondendo alla domanda dell'avv. Bacciocchi, che gli chiedeva quale era il garage che la convenuta aveva indicato, il teste ha risposto: "sinceramente posso dire che non ricordo, anche perché non avevamo in mano le piantine. Dalla posizione in cui ci trovavamo, vale a dire l'uscita prima descritta, posso dire che mi sembra sia stato indicato il n. 13, però oggi non posso indicare con sicurezza quale effettivamente fu indicato [...] Preciso che dopo aver visitato la mansarda, circa 10 giorni dopo le parti sono venute nella mia agenzia e hanno sottoscritto una scrittura privata nella quale era indicato il prezzo e l'immobile, ma in tale scrittura non era stato individuato il garage".

Il teste Hoffer dichiara: "sono stato chiamato dal signor Grassi come consulente, per dare una valutazione dell'immobile che intendeva acquistare. Era presente la signora Gasperoni con suo marito. Il garage che mi fu fatto vedere era il n. 13, vale a dire il secondo sulla destra [...] Preciso che il giorno del sopralluogo non furono mostrati gli interni dei garages perché quel giorno si andava di fretta. [...] Preciso di non avere avuto un incarico professionale di consulenza dal signor Grassi, il quale mi ha chiamato solo per esprimere un consiglio sulla qualità dell'immobile. E' questo il motivo per cui non ho fatto le opportune ricerche al catasto".

La procura convenuta solleva, nelle finali allegazioni, eccezioni sulla ammissibilità del teste Hoffer Vittorino: "la testimonianza dell'architetto Hoffer è peraltro inammissibile per il rapporto di interesse che lo lega all'attore. E' lo stesso Hoffer a precisare nell'udienza 16 ottobre 1991 di essere stato incaricato dal Grassi come consulente per la valutazione dell'acquisto dell'immobile. E' infatti principio consolidato dalla dottrina del diritto comune che la valutazione negativa sull'idoneità dei testi si eserciti in primo luogo nei confronti di tutti coloro che possono avere un concreto e potenziale interesse in causa".

**Riguardo alla ammissibilità della deposizione testimoniale e l'apprezzamento della stessa, il principio romanistico che viene posto è il seguente: "Testimoniorum usus frequens, ac necessarius est: et ab his praecipue exigendus, quorum fides non vacillat" (D. 22,5,1). A tal fine sono indicate le persone che non possono essere chiamate quali testi, per ragioni di parentela o di incapacità, tra le quali sono inclusi anche gli avvocati e gli agenti d'affari (D. 22,5,25. Cfr. anche POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, Venezia, 1841, vol. II, p. 102, Lib. XXII, tit. V, n. IX: "oltre le cause per le quali la legge Giulia esclude taluno dal prestare testimonianza, deesi annoverare anche la seguente: viene ordinato a' Presidi delle province d'invigilare affinché non compariscano nella qualità di testimoni in una causa gli avvocati che la patrocinarono. Il che dee osservarsi anche in riguardo agli agenti d'affari". Nello stesso senso si veda anche T.M. RICHERI, *Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia*, lib. IV, tit. XX, § 637, e J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. V, n. VII).**

**I rapporti di amicizia con la parte che ha chiamato il teste a deporre devono essere valutati dal giudice al fine di accertare l'imparzialità del teste, "imperciocchè se la testimonianza non può essere sospetta, né per ragione della persona che la fa, la quale è onesta; né per ragione della causa, conoscendosi non esservi spirito di lucro né di favore né di inimicizia; il testimonio debb'essere ammesso" (POTHIER, op. ult. cit., n. XVI, p. 104).**

Va segnalato, inoltre, che la dottrina, con riferimento all'ipotesi di deposizioni contraddittorie, chiarisce che "se tutti i testimonii sono di eguale onestà e fama, e la qualità dell'affare ed il convincimento del giudice vi concorre, si dee prestar fede a tutte

le loro deposizioni. Se poi alcuni di essi hanno deposto diversamente, quantunque in numero minore; si dee prestar fede a quelli le deposizioni de' quali sono più convenienti alla natura dell'affare, e che d'altro canto non lasciano sospettare inimicizia e parzialità. Ed il giudice confermerà il suo convincimento con quelli argomenti e testimonianze che riconoscerà più naturali all'affare e più verisimili. Imperciocchè non si dee aver riguardo al numero dei testimoni, ma alla fedeltà e sincerità delle loro deposizioni, ed accettare quelle testimonianze che hanno un carattere di maggior verità" (POTHIER, op. cit., Lib. XXII, tit. III, n. XVI, p. 91).

Allo stato non sembra sussistano elementi per porre in dubbio l'imparzialità del teste Hoffer. Egli è intervenuto solo come "consigliere", per dare un parere al Grassi. Non ha avuto alcun incarico professionale dallo stesso, onde non è in discussione la sua eventuale responsabilità verso l'attore. In ogni caso le sue affermazioni non contrastano con quelle del signor Vannucci, in ordine alla testimonianza del quale non è stata sollevata contestazione alcuna.

Il notaio Luigi Lonfernini, escusso all'udienza del 10 settembre 1992, dopo aver precisato di non ricordare se fu richiesta la planimetria al momento del preliminare di vendita e poi del rogito e chiarito che "non è mia abitudine quando non esistono problemi relativi alla identificazione della ditta venditrice richiedere planimetrie", alla domanda dell'avv. Bacciocchi, che chiedeva se risultava vero che il Grassi, successivamente al rogito gli fece rilevare che il garage oggetto di compravendita non era quello da lui visto e che riteneva invece di avere acquistato, ha dichiarato: "in varie circostanze venne nel mio ufficio per farmi presente una situazione che si era verificata dopo l'acquisto degli enti immobiliari dalla Gasperoni". Il verbale d'udienza prosegue: "L'avv. Bacciocchi chiede al teste se è vero che la Gasperoni fu da lui interpellata in merito e dichiarò che vi era stato un errore nel garage in quanto riteneva suo quello fatto vedere al Grassi. Il teste risponde: feci presente alla Gasperoni verbalmente quanto lamentava il Grassi ed ella mi rispose che era sua convinzione che in effetti quello fosse il locale di sua proprietà vale a dire quello che fu fatto vedere al Grassi".

Dalle testimonianze in atti, deve escludersi il dolo della parte venditrice, non essendo stata raggiunta la prova del raggiro e della malafede della convenuta. Si evince, invece, che effettivamente il signor Grassi è caduto in errore circa l'individuazione del garage, credendo di acquistare un garage diverso da quello poi effettivamente acquistato e descritto nel rogito notarile. Si tratta di un errore non determinante del consenso, ma riguardante un elemento accidentale del contratto, in cui è stato indotto dalla venditrice, la quale quanto meno con leggerezza - e non con malizia - ha mostrato un garage diverso da quello di cui era effettivamente proprietaria e, dunque, venduto, creando così nell'acquirente una falsa rappresentazione della realtà.

6. Accertata la presenza dell'errore occorre procedere alla determinazione della parte di prezzo pagato che deve essere restituita dalla convenuta alla parte attrice, da intendersi come differenza di valore tra il garage acquistato e contraddistinto dal sub. 12 e quello fatto vedere all'attore individuato come sub. 13, a nulla rilevando il fatto che i due garages non sono stati visti all'interno.

La procura attrice produce in atti perizia del geom. Andreini Eliseo, il quale individua la differenza di prezzo tra il garage acquistato e quello fatto vedere nel costo da sostenere per l'esecuzione di opere murarie di finiture interna, quantificate in L. 2.630.570= e nella differenza di valore intesa come accessibilità carrabile all'uso del garage acquistato,

quantificata in L. 2.250.000=, e così per una differenza di prezzo da restituire di complessive L. 4.880.570=.

La procura convenuta produce in atti una perizia dell'arch. Sergio Casadei, la quale si limita a confutare le risultanze della perizia di parte attrice, affermando che i costi di finitura "indicati dalla perizia di parte del geom. Andreini Eliseo" devono essere abbattuti "di almeno il 20/25%", e che "non vi sono quindi motivazioni tecniche, né rilevanza economica di mercato dato il limitato grado di funzionalità dei locali, per giustificare una diversa quantificazione dei due locali sub. 12 e sub. 13 sulla base del grado di accessibilità carrabile".

Si deve segnalare che si tratta di perizie stragiudiziali, le quali hanno il valore di una difesa tecnica, e come tale possono essere tenute nel debito conto dal giudicante.

La giurisprudenza sammarinese ha affermato che "nelle perizie extragiudiziali e cioè di parte è da tener conto non tanto delle persone che le hanno redatte quanto delle argomentazioni tecniche in esse esposte" (Sentenza del Commissario della Legge in data 8 agosto 1936, *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 131 s.), e ha ritenuto che "la perizia extragiudiziale giurata [...] abbia il valore di fonte legittima di presunzione semplice [...] di maggiore o minore peso secondo i fatti rilevati e le argomentazioni svolte" (Sentenza del Commissario della Legge in data 9 marzo 1963, *Giur. Samm.*, 1965, fasc. 2, p. 243 ss.).

Si osserva che riguardo ai costi di finitura non esiste difformità tra le perizie. L'abbattimento "equitativo" proposto dal perito di parte convenuta trova esclusivamente fondamento nel fatto che "la pavimentazione del locale rimessa sub. 13 è stata realizzata con materiali non di primo ordine e comunque economici, e così anche la rifinitura dell'intonaco", nonché nella circostanza che "i lavori di finitura al locale rimessa sub. 13, con ogni probabilità risalgono ad oltre 10 anni dalla data odierna".

Non essendo stato confutato il giudizio tecnico, si deve dunque determinare in L. 2.630.570= il costo della finitura.

Quanto alla accessibilità carrabile, parimenti si rileva che la perizia di parte convenuta si limita a contraddire empiricamente le risultanze della perizia di parte attrice, senza formulare giudizio tecnici o contestanti il metodo usato dal perito di parte attrice per la determinazione del grado di accessibilità carrabile. A ciò si aggiunga che, effettivamente, nel corso del sopralluogo giudiziale, questo giudicante ha potuto constatare che al garage sub. 13 si accede con l'autovettura, mentre al garage sub. 12 no. Deve dunque accogliersi la quantificazione operata dal perito di parte attrice del grado di accessibilità carrabile.

Di conseguenza la convenuta deve essere condannata alla restituzione, in favore della parte attrice della somma complessiva di L. 4.980.000=, da detrarsi dal prezzo già versato dalla parte attrice.

7. La procura attrice richiede inoltre anche gli interessi e una somma pari alla svalutazione monetaria.

Trattasi di interessi moratori, che rappresentano nelle obbligazioni pecuniarie i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 191). Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica *ex re*, secondo il brocardo "*dies interpellat pro nomine*"), negli altri casi, quando il creditore abbia

inutilmente chiesto l'adempimento, di modo che essa decorre dalla “*interpellatio*” (cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI).

Nella specie non risulta dagli atti la costituzione in mora, per cui gli interessi al tasso legale del 7%, siccome previsto dalla legge 27 ottobre 1972 n. 36, vanno riconosciuti dalla data della citazione al saldo.

Infine, va riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo gli indici ISTAT, a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla convenuta che non ha tempestivamente provveduto al pagamento. Tale danno deriva alla attrice dall'accertato minore potere d'acquisto della moneta, ed essa è stata costretta a subirlo per non avere avuto la disponibilità della somma conseguente al pagamento.

8. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidate con successivo e separato decreto, vanno posti a carico della parte convenuta sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

### 113.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 21 febbraio 1994.

S.A. Aegean Mills (Avv. L. Lonfernini, dimissionario, non sostituito) : S.A. Carva (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 213, anno 1989.

#### **“Cautio iudicatum solvi” – Sequestro – Garanzia reale – Azione cautelare.**

*Alla persona fisica o giuridica, di diritto straniero che promuove il giudizio, su richiesta della parte convenuta, è imposto di prestare la cautio iudicatum solvi in casum succumbentiae.*

*Dalla mancata prestazione della cautio iuratoria deriva la necessaria declaratoria di improcedibilità dell'azione proposta dall'attore.*

*Con la domanda di autorizzazione del sequestro, il richiedente esperisce un'azione cautelare a cognizione sommaria, che da luogo ad un procedimento incidentale autonomo, sebbene connesso al giudizio principale sul merito.*

### FATTO

Con atto di citazione in data 11 agosto 1989 la società anonima Aegean Mills ha convenuto avanti a questo Tribunale la società anonima Carva per sentirla “condannare al pagamento della somma di lire 1.596.535.029=, alle spese legali, agli interessi.

Esponneva l'attrice di essere creditrice nei confronti della convenuta per la somma richiesta a seguito di forniture di merce, che non le erano state pagate.

Stante la situazione e “considerato che in base alla documentazione allegata esistono ordini di pagamento emessi dalla società CARVA nei confronti della Cassa di Risparmio

nell'interesse della istante", veniva richiesto il sequestro delle somme depositate dalla convenuta presso la Cassa di Risparmio.

Con decreto in data 30 agosto 1989 veniva concesso, a rischio e pericolo della parte istante, il sequestro conservativo delle somme depositate dalla Carva s.a. presso la Cassa di Risparmio fino alla concorrenza della somma di L. 1.800.000.000=, sequestro che veniva eseguito dall'Ufficio Cursorile in data 31 agosto 1989.

All'udienza del 7 settembre 1989, si costituiva, antecedentemente all'udienza fissata del 28 settembre 1989, la convenuta a mezzo procuratore, il quale chiedeva la revoca del sequestro "perché non sussistono le ragioni per concederlo ovvero che all'attrice, in quanto società straniera, sia imposto di versare subito cauzione in denaro a copertura dell'importo della somma per cui è concesso il sequestro [...] e cioè per L. 1.800.000.000= concedendo breve termine per attuare detto deposito cauzionale". Sollevava, infine eccezione di difetto di mandato "ovvero di legittimazione attiva dell'attrice società a stare in giudizio non conoscendosi chi agisce per l'attrice stessa in forza di poteri sociali con prove documentali al riguardo".

Con decreto in data 11 settembre 1989, preso atto della richiesta della cauzione "*de proseguenda lite et de reficiendis expensis*", veniva dato avvio alla procedura stabilita dalla Rub. VI, § 113 del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

All'udienza del 28 settembre 1989 si costituivano ritualmente le parti. La procura convenuta oltre ad insistere nelle domande già avanzate all'udienza del 9 settembre 1989, avanzava citazione in via riconvenzionale nei confronti della Aegean Mills s.a., per sentirla: "1) dichiarare responsabile di inadempienza contrattuale e di conseguenza obbligata a risarcire i danni molteplici verso la Carva s.a. nella entità che sarà stabilita nel corso del giudizio compresi i danni provocati dal temerario sequestro che paralizza il liquido della Carva s.a.; 2) respingere la domanda di soddisfacimento del credito siccome infondato o compensato o ingiustificato; il tutto con condanna al pagamento delle spese ed onorari di causa, al pagamento di interessi e rivalutazione conseguente a svalutazione monetaria". Esponeva la convenuta attrice in riconvenzione di avere stipulato con l'attrice Aegean Mills "una molteplice formula contrattuale consistente: nell'acquisto di merci già confezionate (pantaloni ed altri articoli) da porre in commercio in Italia ed altrove; nell'acquisizione di materie prime da confezionare e vendere; nello svolgimento della funzione di agente di commercio con esclusiva per l'Italia e la Repubblica di San Marino alla provvigione 5%", e che la Aegean Mills aveva posto in essere numerosi e gravi inadempimenti che avevano provocato ingenti danni alla Carva s.a..

Con decreto in data 4 ottobre 1989 questa Autorità dichiarava che l'attrice, quale persona giuridica straniera non avente sede nel territorio di questa Repubblica, "è obbligata: 1) ai sensi della Rub. VI § 113 del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* alla prestazione della *cautio iudicatum solvi in casum succumbentiae*; 2) alla prestazione di idonea cauzione per la conferma del sequestro conservativo già eseguito: *agens caveat de omni damno quod rei dominus inde pati potest et iniuria*", determinava in L. 2.000.000.000= la cauzione e stabiliva il termine perentorio di 40 giorni dalla notifica del decreto per il deposito della cauzione presso la Cancelleria del Tribunale, avvertendo che "il mancato deposito entro il termine fissato impedisce il proseguimento della azione con conseguente revoca del sequestro conservativo già eseguito.

Con comparsa in data 18 ottobre 1989 la procura attrice depositava in atti il mandato con procura alle liti conferitogli dalla società attrice.



Con decreto in data 23 novembre 1989 - emesso a seguito di istanza in pari data della procura convenuta ed attrice in riconvenzione - constatato che nel termine stabilito non era stata depositata la cauzione, veniva dichiarata la “improcedibilità della azione promossa dalla parte attrice nei confronti della società Carva s.a.” e veniva disposta la revoca del sequestro già eseguito in data 31 agosto 1989. Con decreto in data 13 dicembre 1989 si dava atto che poteva proseguire solo il giudizio instaurato in via riconvenzionale.

Con comparsa in data 14 maggio 1990 l'avv. Luigi Lonfernini rinunciava la mandato *ad lites* conferitogli dalla attrice. Nel termine concesso per la sostituzione del difensore l'attrice non provvedeva, ed il giudizio proseguiva nell'inerzia della attrice.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza della convenuta attrice in riconvenzione, documenti, testi nonché la perizia giudiziaria.

Aperto il termine ad allegare solo la procura della Carva s.a. ha prodotto la memoria conclusionale. All'udienza del 27 gennaio 1994 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo era posto in *pro servato*.

Nelle finali allegazioni la procura della convenuta attrice in riconvenzione ha così concluso: “respinte siccome infondate e comunque non provate le richieste contenute nell'atto di citazione 10 agosto 1989, accogliere le istanze della Carva S.a. e conseguentemente condannare la soc. Aegean Mills al pagamento, nei confronti della s.a. Carva dei seguenti importi: 1) L. 420.000.000= a titolo di risarcimento del danno subito dalla s.a. CARVA in conseguenza dell'invio di merci difettose da parte della soc. Aegean Mills; 2) L. 330.000.000= a titolo di risarcimento del danno subito dalla s.a. CARVA in conseguenza della mancata consegna di merci ordinate dalla s.a. CARVA e confermate dalla soc. Aegean Mills; 3) L. 75.000.000= a titolo del rimborso per il maggior onere subito dalla s.a. CARVA per gli acquisti obbligatoriamente effettuati altrove; L. 201.500.000= a titolo di risarcimento del danno subito dalla s.a. CARVA per mancato introito da provvigioni, in conseguenza delle mancate consegne da parte della soc. Aegean Mills di merci a clientela procacciata dalla s.a. CARVA nella sua veste di agente con patto di esclusiva; L. 400.000.000= a titolo di risarcimento dei danni conseguenti alla sleale concorrenza operata dalla soc. Aegean Mills sul mercato italiano quale ipotesi minima di provvigioni non corrisposte dalla s.a. CARVA, fatto salvo l'ulteriore risarcimento dei danni indiretti, morali e materiali, che è certamente rilevante e che pregiudica gravemente la presenza sul mercato di una organizzazione di vendita in termini di prestigio e di credibilità, per il quale ci si rimette all'apprezzamento del Giudice; L. 575.000.000= a titolo del danno subito dalla s.a. CARVA in conseguenza della totale cessazione delle forniture oggetto del patto di esclusiva a suo tempo stipulato con la soc. Aegean Mills; con condanna altresì della soc. Aegean Mills al pagamento delle spese e degli onorari tutti del presente giudizio”.

## DIRITTO

1. La presente causa è stata promossa da una persona giuridica di diritto straniero, alla quale è stata richiesta - su domanda della procura convenuta - la prestazione della “*cautio iudicatum solvi in casum succumbentiae*”, secondo il disposto della Rub. VII § 113 del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*: “che l'attore non soggetto alla nostra giurisdizione, il quale per disposizione del diritto comune, o dello Statuto, fosse costretto di dare sicurtà di proseguire la lite, e di rifare le

**spese in caso di soccombenza, se afferma con giuramento di non trovare il fideiussore, debba come forastiere, essere ammesso alla cauzione giuratoria, purchè non sia riconvenuto, nel qual caso sia obbligato di dar sicurtà, secondo la forma del diritto comune, o municipale". Tale cauzione contiene "tre clausole: la prima è della cosa giudicata, ossia del pagamento di ciò che fu compreso nella sentenza del giudice; la seconda riguarda la difesa dell'affare a giudizio dell'uomo dabbene; la terza concerne il dolo malo, cioè che non v'è nè vi sarà dolo malo" (J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. II, tit. VIII, n. 14).**

Osserva la dottrina sammarinese: "allo straniero, inoltre, può essere imposta un'altra condizione per stare in giudizio: quella di esibire un fideiussore <<de proseguenda lite et de reficiendis expensis>>. Questa garanzia è rimasta in San Marino allo stato primordiale di garanzia personale, mentre le legislazioni statutarie ammisero altrove più tardi una garanzia reale. Il sistema è sostanzialmente conforme al diritto giustiniano, con questa differenza che in esso le garanzie si esigevano innanzi di autorizzare la citazione. Pospostosene l'obbligo, esula anche il carattere di mancanza da rilevarsi d'ufficio" (T.C. GIANNINI, *Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese*, 2° ed. San Marino, 1967, p. 53). Da tale obbligo sono espressamente esonerati i cittadini italiani, in virtù dell'art. 11 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato sottoscritta tra San Marino e Italia il 31 marzo 1939, il quale stabilisce: "i cittadini di ciascuno dei due Stati saranno ammessi a far valere i loro diritti e interessi avanti alle autorità giurisdizionali dell'altro Stato alle medesime condizioni alle quali ciò è consentito ai nazionali".

La giurisprudenza sammarinese fa propri ed applica questi principi (cfr., per tutte, Sentenza del Commissario della Legge in data 12 novembre 1948, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 2, p. 218).

Nella presente fattispecie la società Aegean Mills ha agito in giudizio chiedendo il sequestro di ingenti somme di danaro in danno di una società sammarinese. Non è riuscita a trovare un fideiussione né ha inteso sottoporsi alla *cautio iuratoria*, per cui ne è derivata necessaria declaratoria di improcedibilità dell'azione proposta dalla stessa.

2. Si osserva, peraltro, che l'improcedibilità dell'azione è stata dichiarata dopo avere concesso alla attrice l'ulteriore possibilità di prestare una cauzione reale a garanzia non solo del giudicato ma anche del sequestro.

L'attrice ha infatti richiesto, *inaudita altera parte*, il sequestro delle somme depositate dalla convenuta presso la Cassa di Risparmio di San Marino a garanzia di un credito che ella assumeva di vantare nei confronti della convenuta medesima per merce fornita e non pagata. Trattavasi, dunque, di sequestro c.d. conservativo.

**Con il sequestro conservativo si pone un vincolo su alcuni elementi attivi del patrimonio del debitore che, in caso di inadempimento, potrebbero essere espropriati per realizzare in via esecutiva il credito. Esso costituisce, pertanto, uno strumento speciale di conservazione della garanzia patrimoniale generale, atteso che, dal momento in cui viene eseguito, sono resi inefficaci gli atti di disposizione di tali beni che siano dal debitore compiuti.**

**Con la domanda di autorizzazione del sequestro il richiedente esperisce dunque una azione cautelare, a cognizione sommaria, che dà luogo ad un procedimento incidentale autonomo, sebbene connesso al giudizio principale sul merito.**

La disciplina di tale istituto, non indicata dallo *ius proprium*, è stata individuata dalla giurisprudenza sammarinese, che ne ha delineato l'evoluzione, ed ha recepito i principi espressi dalla dottrina del diritto comune.

Si rileva, al riguardo che il diritto romano non permetteva il sequestro prima che il debitore fosse convenuto in giudizio (C.4,4: "*quotiens ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim debitorem primo convinci, et sic deinde ad solutionem pulsari: quam rem non tantum iuris ratio, sed et ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum adferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus*"). Nel diritto comune "si discute (premesso che il sequestro può diventare inutile se in ogni caso si dovesse, prima di ottenerlo citare in giudizio il debitore) se sia possibile rilasciare il sequestro ex primo decreto senza aver prima citato il debitore. L'opinione communis è nel senso che, in via eccezionale sia consentito il sequestro inaudita altera parte quando esista una evidentissima causa [...] o, quanto meno, qualche ragionevole motivo per temere la perdita del credito. [...] di conseguenza, non può concedersi - e tanto meno confermarsi - il sequestro (fatta eccezione per i casi particolari come nell'eccezione cambiaria) se non è provato che il debitore possa eludere la sentenza di condanna [...] non vi è pericolo di perdere il credito tutte le volte che quegli contro cui il sequestro è richiesto sia pronto a prestare idonea cauzione" (Sentenza del Commissario della Legge in data 6 novembre 1952, *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 2, p. 291). Relativamente ai presupposti viene precisato: "gli estremi per la concessione (e quindi per la conferma) del sequestro conservativo (accordato sia pendente causa sia prima del suo inizio) erano quelli stessi che poi sono stati accolti dai codici di procedura italiani e cioè (Richeri, *Univ. Iurisp.*, lib. III, tit. X, n. 1112): 1) *ut summarie constet de iure petentis* (il *fumus boni iuris*); 2) *ut agens caveat ne absque gravi et legitima causa sequestrationem postulet* (si *debitor pravae existimationis, fugae, aut dilapidationis suspectus*) vale a dire esista fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito. Le *Leges Statutae* parlano di <<sequestratio>> in varie rubriche ma nel senso di sequestro esecutivo. Solo nella Rub. XXV del lib. II e per le questioni sorte sul mercato, può vedersi ammesso un sequestro conservativo. Ma comunque sia da ciò risulta che, nel diritto sammarinese il sequestro conservativo è stato in pratica accolto in conformità di quanto si usava nel diritto comune. E le norme di uso sono state accolte nella legge 10 dicembre 1884 sulle controversie avanti il Conciliatore" (sentenza del Commissario della Legge in data 30 agosto 1965, *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 3, p. 381. In senso conforme anche la sentenza del Commissario della Legge in data 29 luglio 1969, *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 440).

In sostanza, secondo le richiamate decisioni, per la concessione del sequestro è necessario che il richiedente fornisca la prova della pretesa titolarità del credito che sia tutelabile in via cautelare, adducendo elementi tali da consentire una valutazione in termini di probabilità o verosimiglianza, nonché della sussistenza del fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito.

Osserva la dottrina che il sequestro "si concede in seguito a formale richiesta, e mercè decreto, con formula <<a rischio e pericolo dell'istante>>, al quale potrebbe, quando il giudice lo credesse opportuno, imporsi l'obbligo di una cauzione" (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura Giudiziaria Civile Sammarinese*, 2° ed., San Marino, 1967, p. 121). Il potere del giudice di imporre la cauzione a garanzia del risarcimento dei danni derivanti dall'ingiusto sequestro è riconosciuto dagli Autori del diritto comune, i quali indicavano, tra i presupposti per la concessione del sequestro, oltre al *fumus boni iuris*

*ed al periculum in mora, anche “ut agens caveat de omni damno, quod rei dominus inde pati potest et iniuria [...] et simul monetus actor, ne absque gravi et legitima causa sequestrationem postulet”* (T.M. RICHERI, *Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia*, lib. III, tit. X, § 1112). Tale principio è stato recepito nel diritto sammarinese dall'art. 52 della legge 10 dicembre 1884, “legge procedurale sulle controversie innanzi al Conciliatore”, il quale stabilisce: “Il giudice può, secondo le circostanze, imporre al sequestrante l'obbligo di dare cauzione in somma determinata a garanzia dei danni, nel caso che il sequestro sia dichiarato ingiusto”.

La immobilizzazione, o comunque il venir meno della disponibilità di certi beni facenti parte del patrimonio del preteso debitore può comportare infatti il rischio di danni ingiusti, rischio che è maggiore nel caso di provvedimenti cautelari, ai quali sono necessariamente connaturali elementi di incertezza, conseguenti al carattere sommario della cognizione, che è imposto da ragioni di urgenza. Per assicurare al sequestrato il risarcimento dell'eventuale danno è dunque attribuito al giudice il potere discrezionale di imporre al richiedente idonea cauzione, il mancato versamento della quale costituisce una condizione di inefficacia del sequestro già eseguito.

Nella specie, il sequestro è stato concesso *inaudita altera parte*, a rischio e pericolo della parte istante, valutata sommarissimamente la sussistenza del *fumus boni iuris* (determinato dalle fatture prodotte), e del *periculum in mora* (dichiarazione della attrice circa la revoca degli ordini di pagamento già impartiti). All'atto di richiedere anche la cauzione per il sequestro la convenuta faceva rilevare che la convenuta era persona giuridica di diritto greco, che non aveva beni in San Marino e che versava in una difficile situazione economica, producendo a sostegno di tali affermazioni idonea documentazione. Sulla scorta di ciò a seguito dell'omesso versamento della cauzione sia per l'osservanza del giudicato che per la conferma del sequestro, si riteneva quanto meno opportuno dichiarare la revoca del sequestro e la improcedibilità della azione principale.

3. Sempre in via preliminare deve essere rilevato che la domanda riconvenzionale è stata ritualmente avanzata.

**La giurisprudenza sammarinese ha stabilito che la domanda riconvenzionale può essere avanzata nel corso della causa, anche senza citazione solenne, purché a tempo debito e cioè in modo da far salvo il contraddittorio** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 18 agosto 1937, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 61), **ed altresì, che “la convenzione e la riconvenzione simul decidendae sunt. In via di eccezione [...] se la domanda principale è in istato di essere decisa e quella riconvenzionale è invece multis ambagibus innodata si debba spedire la prima e ritardare la seconda”** (Sentenza del Commissario della Legge in data 27 maggio 1936, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 114 ss.). Tale ultimo assunto dagli autori del diritto comune è posto in correlazione al momento della presentazione della domanda riconvenzionale, per affermare che se questa è avanzata al momento della costituzione in giudizio, deve essere decisa insieme alla domanda principale (“sebbene sia più sano partito per il reo il fare la riconvenzione subito al primo entrar della lite, affinché entrambe le liti procedano di pari passo [...] talvolta nulla osta ch'essa venga fatta dappoi in qualsivoglia stato del processo: bene inteso però che in questo caso non va altrimenti decisa colla sentenza medesima anche la lite di riconvenzione”: J. VOET, *Commento alle Pandette*, ed. riveduta e corretta da L. Fortis, Lib. V, Tit. I, n. 80, Venezia, 1847, p. 754).

Nel caso di specie, come detto, la società convenuta ha tempestivamente proposto la domanda in riconvenzione all'atto della rituale costituzione in giudizio, sì che

l'istruttoria della principale e della riconvenzionale potevano procedere di pari passo. La dichiarazione di improcedibilità dell'azione principale ha poi fatto sì che l'istruzione sia proceduta solo relativamente alla azione riconvenzionale, sulla quale ha insistito la convenuta attrice in riconvenzione.

4. Prima di procedere all'esame del merito si impone un'ultima considerazione preliminare. Si deve infatti sottolineare la irrilevanza della mancata sostituzione del difensore da parte della attrice, dopo che questi ha rinunciato al mandato *ad lites*. La parte attrice si è ritualmente costituita in giudizio a mezzo di procuratore, il quale ha rinunciato al mandato. Nel termine concesso con decreto in data 15 maggio 1990 - regolarmente notificato alla attrice - la stessa non ha proceduto alla sostituzione del difensore, onde con decreto in data 18 settembre 1990 veniva dichiarata la sospensione del giudizio ed ordinata la ripresa dello stesso. Ciò non esplica ovviamente effetto alcuno sulla regolarità del giudizio, in quanto il contraddittorio tra le parti in causa si è regolarmente instaurato (anche perché alla convenuta sono stati personalmente notificati tutti i decreti emessi in corso di causa), né sulla presenza della attrice in giudizio, sulla scorta del brocardo *semel praesens semper praesens*.

5. Passando all'esame del merito della presente vertenza si osserva che la convenuta attrice in riconvenzione lamenta una serie di inadempimenti ad un contratto vendita in esclusiva nonché ad un contratto di agenzia con clausola di esclusiva, stipulati fra le parti in causa, ad opera della società Aegean Mills, a seguito dei quali la Carva s.a. avrebbe subito danni gravi e consistenti, dei quali reclama il risarcimento.

Trattasi dunque di risarcimento di danni derivanti da responsabilità contrattuale: "in via di massima si ha l'inadempimento di una obbligazione sia quando la prestazione, che ne forma l'oggetto non venga eseguita affatto, sia quando venga eseguita parzialmente o inesattamente [...]. Nell'un caso e nell'altro l'inadempiente è tenuto al risarcimento dei danni o in base al dolo (se l'inadempimento sia stato dal debitore voluto coscientemente) o in base alla colpa (mancanza di diligenza)" (sentenza del Commissario della Legge in data 13 giugno 1966, *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 319).

*L'elaborazione storica dei principi inerenti alla responsabilità contrattuale muove dai criteri di imputazione della responsabilità medesima, e quindi da una impostazione decisamente soggettiva.*

*Dolo e colpa si pongono dunque come criteri di imputazione, l'uno della volontà e l'altro dell'intelletto, e costituiscono, rispettivamente, violazione della fides o della diligenza cui il debitore era tenuto nei confronti della controparte (D.18 1,68). Nel diritto giustiniano al creditore incombeva l'onere della prova sul dolo o la colpa del debitore - ad eccezione delle obbligazioni di consegnare e di restituire, per le quali, dovendo il debitore custodiam praestare, egli rispondeva della mancata consegna, quando la cosa periva o veniva ad esempio sottratta, salvo la prova liberatoria su eventuali iustae causae di impedimento: D.18,6,12, e D.16,3,1,22 -, e cioè egli doveva dimostrare la mancata prestazione dell'impegno dovuto nell'adempimento dell'obbligazione, nonché del danno effettivamente subito, potendo essere risarciti solo i danni che direttamente e normalmente derivano dall'inadempimento.*

*In sostanza, "dal diritto romano derivò il principio per il quale il debitore contrattuale deve rispondere per ogni colpa anche lieve e non solo per atti positivi ma anche per omissioni che gli siano imputabili per non aver usata la diligenza che avrebbe usato un padre di famiglia nel condurre un negozio o nel custodire una cosa" (P.S. LEICHT,*

*Storia del diritto italiano. Diritto privato, Parte III - Le obbligazioni, Milano, 1948, p. 77).*

*Tale orientamento è recepito dalla dottrina del diritto comune, e, quindi dalla giurisprudenza sammarinese (cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 27 giugno 1953, in Giur. Samm., 1963, p. 297, e relativamente alle cause di esonero da responsabilità cfr. la sentenza del Commissario della Legge in data 3 giugno 1988, nella causa civile n. 144 dell'anno 1984).*

*Quanto alla risarcibilità del danno, la giurisprudenza sammarinese ha chiarito che “è risarcibile solo quel danno che deriva, come effetto da causa, dall'inadempimento. Questo principio di equità non era sfuggito al diritto romano e ad esprimerlo fu detto da Paolo che il creditore dovesse chieder conto della “utilitas, quae circa ipsam rem consistit” (leg. 21 parag. 3. D. XIX, 1): a questa formula i commentatori di diritto comune contrapposero, onde esprimere il danno non risarcibile, la utilitas extra rem o quae venit extrinseco. A questi concetti troppo vaghi i legislatori moderni hanno sostituito la formula non doversi il risarcimento estendere oltre i danni che sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione. Si discute se nella colpa contrattuale debbano - in base al diritto romano comune - risarcirsi solo i danni previsti o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto. [...] la opinione prevalente ritiene che il principio debba applicarsi in ogni caso, come regola destinata a determinare il risarcimento dei danni per mancato o imperfetto adempimento di qualsivoglia obbligazione.[...] In definitiva anche nel diritto comune consuetudinario sammarinese trovano applicazione, almeno in via di massima [...] i principi stabiliti dagli artt. 1223 e 1225 cod. civ. italiano” (sentenza del Commissario della Legge in data 21 maggio 1965, Giur. Samm., 1964-69, p. 275 ss.).*

6. Tra le parti è stato concluso un contratto che prevedeva da parte della Aegean Mills la vendita alla Carva s.a. di tessuti in esclusiva, in forza del quale la Aegean Mills si impegnavano a vendere alla Carva s.a. quantitativi di tessuto a prezzi estremamente vantaggiosi e favorevoli, in quanto la Carva s.a. era considerata “partner” ideale e privilegiato per il mercato italiano, nonché un contratto di agenzia con clausola di esclusiva.

Riguardo a quest'ultimo, dal contratto prodotto in atti e recante la data del 13 gennaio 1988, completato dalla nota aggiuntiva dell'8 febbraio 1988 si evince infatti che la Aegean Mills ha conferito alla convenuta il diritto di rappresentarla in Italia dal 1 gennaio 1988 al 31 dicembre 1988, da considerarsi rinnovato tacitamente salvo disdetta da comunicarsi almeno sei mesi prima della scadenza; alla Carva s.a. era riconosciuta una provvigione sulle vendite effettuate per suo tramite nella percentuale del 3% del valore delle merci in caso di tessuti grezzi, e del 5% in caso di vendita di tessuti finiti. Era infine stabilita una clausola di esclusiva per il mercato italiano e sammarinese a favore della Carva s.a.

**Con il contratto di agenzia l'agente assume stabilmente l'incarico di organizzare a proprio rischio ed in condizioni di autonomia rispetto al preponente la collocazione dei prodotti o dei servizi altrui in una zona determinata. Egli, di norma, promuove la conclusione di contratti, che saranno poi conclusi direttamente dal preponente. Quando all'agente siano conferiti poteri rappresentativi, questi conclude direttamente i contratti in nome e per conto del preponente. Come corrispettivo dell'attività svolta, spetta all'agente il diritto alla provvigione sugli affari conclusi dal preponente.**

Il contratto di agenzia risulta noto all'ordinamento sammarinese. L'art. 2 della legge 31 ottobre 1990 n. 125 - che disciplina l'attività svolta dagli intermediari commerciali, assoggettando la stessa a controlli di natura amministrativa - stabilisce infatti che l'agente di commercio "è la persona la quale, in qualità di intermediario indipendente, tramite contratto di agenzia assume stabilmente l'incarico di promuovere per conto di altri, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata", mentre il rappresentante di commercio "è l'agente al quale è stata conferita anche la rappresentanza per la conclusione del contratto". Da tali definizioni, in collegamento con l'art. 2 della legge 13 giugno 1990 n. 68, si evince che l'agente è un imprenditore che svolge una attività di intermediazione nella collocazione e distribuzione di beni e servizi.

**Il carattere principale del rapporto di agenzia è l'autonomia dell'agente nello svolgimento della sua attività (ed in ciò si differenzia dal lavoratore subordinato), nonché l'assunzione in capo allo stesso del rischio del risultato utile della attività medesima, avendo egli diritto alla provvigione solo sugli affari conclusi.**

Il contratto di agenzia, pur essendo previsto come tipo, non è regolato dallo *ius proprium*, onde occorre procedere alla qualificazione dello stesso al fine di individuarne la disciplina nello *ius commune*.

Alla verifica della sussistenza dei lamentati inadempimenti da parte della società Aegean Mills (venditrice-mandante) è infatti propedeutica la disamina della regolamentazione globale dell'istituto, con particolare riferimento alle obbligazioni delle parti, alle azioni nascenti dal contratto ed alla estinzione dello stesso.

Essendo l'agente incaricato del compimento di una attività gestoria per conto del preponente, ancor più evidente nel caso attuale, ove sembra accompagnarsi il conferimento del potere rappresentativo, **tale contratto appare riconducibile allo schema del mandato, anche in considerazione dello spiccato carattere fiduciario dello stesso. L'agente svolge infatti una attività di natura continuativa nell'interesse e per conto del preponente che non si estrinseca in una opera o in un servizio, come avviene, invece, nella *locatio operis*.** Ciò è altresì evidenziato dal fatto che, accanto alle obbligazioni principali si pongono obbligazioni di natura accessoria ma complementare, quali quelle di adempiere all'incarico in conformità alle istruzioni ricevute dal preponente, di fornirgli tutte le informazioni riguardanti le condizioni di mercato, la solvibilità dei clienti, eventuali ostacoli o impedimenti alla corretta esecuzione dell'incarico (cfr., in tal senso, le sentenze del Commissario della Legge in data 18 dicembre 1986, nella causa civile n. 59 dell'anno 1983, nonché in data 12 marzo 1976 nella causa civile n. 33 dell'anno 1973, in cui vengono analizzati i limiti al potere rappresentativo. Per la qualificazione del contratto di agenzia come *locatio operis* cfr. la sentenza del Commissario della Legge in data 26 aprile 1978 nella causa civile n. 157 dell'anno 1975). E d'altra parte, la dottrina non ha mancato di evidenziare che il contratto di rappresentanza commerciale, in quanto rapporto di collaborazione "stabile", storicamente è stato ricondotto nell'ambito del mandato (Cfr. P. ZANELLI, *Storia e teoria del contratto di agenzia. Contributo allo studio dell'agenzia e dell'agente di commercio*, in *Studi Urbinati*, 1963-64, p. 119, soprattutto p. 171).

*La nozione attuale di mandato è il risultato di una lenta evoluzione, favorita nel periodo medievale dallo sviluppo dei traffici commerciali.*

*E' a tutti noto, infatti, che per il diritto romano il mandato è un contratto consensuale, in forza del quale una delle parti si obbliga a fare gratuitamente qualcosa di cui l'altra parte le dà l'incarico. Frequentemente l'attività a cui il mandatario si obbliga ha*

carattere giuridico (ad esempio, la conclusione di contratti di compravendita), ma può anche non averlo, e così vi sono dei casi in cui solo la gratuità distingue il mandato dalla locazione. L'aspetto peculiare del mandato romano è, appunto, la gratuità, di modo che qualunque mercede promessa al mandatario per eseguire l'incarico avrebbe convertito il negozio in una *locatio conductio* oppure in un contratto innominato (si veda D.19,5,13: “*Si tibi vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem: sed in factum, quasi alio negotio gesto: quia et mandata gratuita esse debent [...]*”).

Nel medioevo - come già detto - l'esercizio della mercatura condusse al superamento del principio della essenziale gratuità del mandato, onde tale schema contrattuale poté essere utilizzato in ogni caso in cui taluno, su espresso incarico dell'altra parte, compisse una attività gestoria nell'interesse e per conto altrui.

Le obbligazioni che, secondo il diritto comune, nascono dal mandato a carico del mandatario sono essenzialmente quelle di portare ad esecuzione l'incarico conferito e quella del rendiconto.

Il mandatario doveva osservare la forma mandati, vale a dire “il tenore stesso della convenzione, quale la volontà del mandante aveale formulata, con tutte le sue circostanze di tempo e di prezzo, senza aggiungervi o togliervi nulla, conformandovisi in tutto, eziandio coi mezzi indicati e colle qualità estrinseche fissate nel contratto” (SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, Torino, 1921, vol. III, p. 11), onde il mandatario che non vi avesse adempiuto sarebbe andato incontro a responsabilità ed il mandante avrebbe potuto non ratificarne l'opera. Nell'esecuzione dell'incarico il mandatario doveva usare, secondo la *communis opinio doctorum*, la diligenza del padre di famiglia diligentissimo. Si argomentava, in proposito da C.4,35,13, il quale statuisce: “*A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum prestandum esse, iuris auctoritate manifeste declaratur*”, nonché da C.4,25,21, a termini del quale “*In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est: nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur: nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est*”. Ne consegue che il mandatario risponde, non solo per dolo o colpa grave, ma anche per colpa lieve, allorché l'incarico non sia eseguito regolarmente: l'azione di mandato tende “a costringere il mandatario a rifare il danno inferito con dolo o con colpa qualunque, eziandio levissima; pel motivo che gli affari altrui debbono essere condotti con esattezza, né si può non accagionare di colpa chi nello amministrarli abbia comunque peccato di negligenza o di omissione. [...] Laonde, richiedendo la natura del mandato la più esatta diligenza nel mandatario, e però essendosi il mandatario, colla semplice assunzione del mandato, obbligato a prestare tal diligenza, non adempie egli la data fede né adopera di buona fede, se commette la minima negligenza” (J. VOET, *Commento alle Pandette*, ed. con la volgarizzazione del dott. Leone Fortis, Venezia, 1855, Lib. XVII, tit. I, n. IX, p. 751).

Si tratta, ovviamente, di una obbligazione che oggi definiremmo di “mezzi” e non di “risultato”. In altre parole, il mandatario deve, per andare esente da responsabilità, eseguire l'incarico conferitogli con diligenza, attenendosi alle istruzioni del mandante, ove vi siano, ovvero adoperandosi al meglio per la realizzazione dell'interesse del mandante. Non risponde, invece, quando si sia comportato diligentemente, del mancato



*conseguimento del risultato che il mandante si riprometteva di realizzare con il contratto di mandato.*

*Ed in effetti, con l'azione di mandato "domandasi che il mandatario eseguisca il mandato giusta il modo prescritto, od altrimenti sia tenuto al risarcimento del danno: e ciò tanto nel caso che non abbia in modo alcuno adempiuto al mandato da sé o per mezzo di un altro egualmente idoneo, cui poteva eleggere; quanto se abbia ecceduto i termini del mandato, sicché ne vada dell'interesse del mandante" (J. VOET, Commento alle Pandette, op. cit., Lib. XVII, tit. I, n. IX, p. 750).*

*L'agente, dunque, in quanto mandatario deve svolgere la sua attività nell'interesse del preponente usando la diligenza del padre di famiglia diligentissimo, dovendo, in caso contrario risarcire i danni arrecati al preponente mandante.*

*Strumentali per l'esecuzione della prestazione a carico del mandatario dedotta nel contratto sono le obbligazioni nascenti a carico del mandante, il quale deve somministrare al mandatario tutti i mezzi necessari e tenerlo indenne delle spese: "l'azione contraria di mandato compete al mandatario [...] l'oggetto di questa azione è che, infino a tanto che dura il mandato, il mandante somministri ciò che è necessario e, cessato che sia, approvi o collaudi l'operato, e rimborsi le spese necessarie ed utili insieme cogli'interessi (quando pure non fosse occorsa mora nel rimborso) [...] Del resto oltre che alle spese, il mandatario ha eziandio diritto di pretendere d'essere liberato da quelle obbligazioni che avesse per avventura incontrate conseguentemente al mandato; od almeno, di trasferirle nel mandante. Ha pur diritto di pretendere il risarcimento dei danni che sofferti avesse rispetto alla cosa propria per occasione del mandato; semprechè il danno sia avvenuto non per caso fortuito ma per colpa del mandante" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. XVII, tit. I, nn. 10, 13).*

*La dottrina annovera tra le cause di estinzione ex nunc del mandato la revoca del mandante, e la rinuncia del mandatario, che costituiscono due ipotesi di recesso unilaterale. Si tratta di casi di recesso ad nutum, nei quali la giusta causa rileva non come causa estintiva del rapporto, bensì quale esimente dell'obbligo di risarcire i danni cagionati: "il mandato cessa altresì per la revocazione del mandante, e parimente per la rinuncia del mandatario, quand'anche fosse stato aggiunto il patto d'irrevocabilità; ed in ambidue questi casi poi, se l'affare è tuttavia intatto, non avvii azione alcuna, mentre l'azione di mandato si diretta che contraria compete solo allora ed in quanto che abbiano incominciato ad esservi rapporti d'interesse in chi si fa ad esercitarla. Se l'affare non è integro, deesi rispondere del danno per avventura derivato dalla intempestiva rinuncia o revocazione; eccetto che per giuste cause il mandatario avesse rinunciato; quali sarebbero le inimicizie irreconciliabili, la inferma salute, l'assenza per causa di pubblico incarico ed altre siffatte; o tranne che ci fosse qualche motivo legittimo di revocare il mandato, nel qual caso anche il procuratore del padrone mandante ha il diritto di fare la revocazione" (J. VOET, Commento alle Pandette, lib. XVII, tit. I, n. XVII).*

*In definitiva, è sancita la libertà del recesso, senza obbligo di preavviso, e la giusta causa non costituisce di conseguenza elemento della fattispecie estintiva del rapporto, la cui mancanza pregiudica, perciò, la validità e l'efficacia dell'atto di recesso, ma serve semplicemente ad esonerare il recedente da obblighi risarcitori che altrimenti graverebbero sullo stesso, ferma restando in ogni caso l'efficacia estintiva del recesso pur in difetto della giusta causa.*

7. Dall'esame degli atti si evince che la società anonima Carva esperisce dunque l'azione contraria di mandato per ottenere dalla società Aegean Mills il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'inadempimento del mandante alle sue obbligazioni, nonché l'azione diretta all'accertamento della responsabilità contrattuale per il risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento della Aegean Mills al contratto di vendita.

In particolare vengono reclamati i seguenti danni: 1) L. 420.000.000= a titolo di risarcimento del danno subito dalla s.a. CARVA in conseguenza dell'invio di merci difettose da parte della soc. Aegean Mills; 2) L. 330.000.000= a titolo di risarcimento del danno subito dalla s.a. CARVA in conseguenza della mancata consegna di merci ordinate dalla s.a. CARVA e confermate dalla soc. Aegean Mills; 3) L. 75.000.000= a titolo del rimborso per il maggior onere subito dalla s.a. CARVA per gli acquisti obbligatoriamente effettuati altrove; L. 201.500.000= a titolo di risarcimento del danno subito dalla s.a. CARVA per mancato introito da provvigioni, in conseguenza delle mancate consegne da parte della soc. Aegean Mills di merci a clientela procacciata dalla s.a. CARVA nella sua veste di agente con patto di esclusiva; L. 400.000.000= a titolo di risarcimento dei danni conseguenti alla sleale concorrenza operata dalla soc. Aegean Mills sul mercato italiano quale ipotesi minima di provvigioni non corrisposte dalla s.a. CARVA, fatto salvo l'ulteriore risarcimento dei danni indiretti, morali e materiali per la perdita di prestigio e di credibilità, per il quale la Carva s.a. si rimette all'apprezzamento del Giudice; L. 575.000.000= a titolo del danno subito dalla s.a. CARVA in conseguenza della totale cessazione delle forniture oggetto del patto di esclusiva.

Prima di procedere alla disamina delle diverse ipotesi di danno reclamati dalla Carva s.a., e sulla scorta dei principi sopra richiamati, occorre effettuare alcuni rilievi in ordine all'apparato probatorio fornito dalla attrice in riconvenzione.

Sono state prodotte prove documentali e testimoniali, le quali ultime sono effettivamente essenziali per la prova della sussistenza dei danni lamentati e non contrastanti con i documenti prodotti.

I testi sono ex agenti della Aegean Mills passati alla Carva s.a. in virtù del patto di esclusiva, legali rappresentanti di ditte che collaboravano sia con la Carva s.a. che con la soc. Aegean Mills e un ex direttore vendite della società Aegean Mills, che non risultano versare in situazioni che possano metterne in discussione l'imparzialità; le loro deposizioni non appaiono incerte e naturalmente verranno apprezzate per i fatti riferiti e non per le opinioni espresse.

Infine, la procura della Carva s.a. ha prodotto per la quantificazione del danno una perizia di parte, a firma del signor Giovanni Torzuoli. La perizia stragiudiziale ha il valore di una difesa tecnica, e come tale può essere tenuta nel debito conto dal giudicante.

La giurisprudenza sammarinese ha affermato che "nelle perizie extragiudiziali e cioè di parte è da tener conto non tanto delle persone che le hanno redatte quanto delle argomentazioni tecniche in esse esposte" (sentenza del Commissario della Legge in data 8 agosto 1936, *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 131 s.), e ha ritenuto che "la perizia extragiudiziale giurata [...] abbia il valore di fonte legittima di presunzione semplice [...] di maggiore o minore peso secondo i fatti rilevati e le argomentazioni svolte" (sentenza del Commissario della Legge in data 9 marzo 1963, *Giur. Samm.*, 1965, fasc. 2, p. 243 ss.).

8. Alla luce di principi sopra richiamati in tema di azione di mandato contraria ed in tema di responsabilità contrattuale, in ordine alla risarcibilità del danno, possiamo

affermare che possono essere risarciti solo i danni che costituiscono una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, verificatosi in conseguenza del comportamento negligente e non corretto tenuto dalla società Aegean Mills.

Iniziando dai danni reclamati dalla Carva s.a. per l'invio di merci difettose da parte della società Aegean Mills, e quantificati in L. 420.000.000=, si afferma che l'esistenza di difetti nella merce fornita può considerarsi provata, in quanto tutti i testi concordano su tale punto.

La quantificazione effettuata risulta da una perizia di parte a firma del signor Giovanni Torzuoli, il quale dichiara: "è prassi comune nell'industria tessile, qualora nell'ambito di una partita di merce sia presente un modesto quantitativo di seconda scelta, o comunque difettoso, praticare uno sconto che varia tra il 10% ed il 30%. Ben diverso è il caso di intere partite o produzioni difettose, nel qual caso il valore della merce viene decurtato dal 30% in su. Nella fattispecie, considerando che la Carva ha acquistato dalla Aegean Mills merci per complessive L. 3.500 milioni, che il valore di rivendita relativo con margine lordo del 20% ammonta a circa L. 4.200 milioni, che però le testimonianze sottolineano un deciso peggioramento della qualità solo nell'ultimo periodo di forniture, identificabile in circa un terzo delle stesse, concludo che una stima equa del danno deve attestarsi sul 30% del valore di vendita di un terzo del totale, ovvero L. 420 milioni, ivi comprendendo le note di accredito per L. 117 milioni circa emesse dalla Carva alla sua clientela, ed essendo la differenza identificabile in sfridi e scarti nonché in riduzioni di prezzo praticate dalla Carva direttamente in fattura".

Poiché dalle testimonianze si evince che effettivamente furono praticati sconti, che la Carva s.a. ha dovuto sborsare circa L. 200 milioni per tacitare i clienti, e che il fatturato globale del periodo si aggira effettivamente sui quattromiliardi, può accedersi alla quantificazione operata dal perito di parte, e quantificare il danno in L. 420.000.000=.

Viene poi richiesto il risarcimento della somma di L. 330.000.000= quale danno subito in conseguenza della mancata consegna di merci ordinate dalla Carva s.a. e confermate dalla società Aegean Mills e L. 75.000.000= a titolo di rimborso per il maggior onere subito dalla s.a. Carva per gli acquisti obbligatoriamente effettuati altrove.

Il perito di parte dichiara: "La documentazione prodotta attesta in modo inequivocabile la mancata consegna di merci per L. 1.649 milioni. Il mancato margine lordo, pari al 20% ammonta pertanto a L. 329,8 milioni. Va tuttavia considerato che la Carva, per far fronte ai propri impegni ma soprattutto per non sospendere la propria attività produttiva con conseguente chiusura della fabbrica, ha dovuto acquistare presso altri fornitori almeno una parte delle merci che le venivano a mancare, a condizioni ben diverse da quelle che erano parte integrante del rapporto privilegiato tra Aegean Mills e la Carva. Ritengo quindi di indicare in almeno L. 500.000.000= (considerando i fabbisogni produttivi di materie prime della Carva) gli acquisti obbligatoriamente effettuati altrove, e nel 15% il maggiore onere subito, identificabile in prezzi mediamente del 10% più alti, ed in un 5% per valuta sui pagamenti, per un ulteriore danno di L. 75.000.000=".

In proposito si rileva che dalla documentazione prodotta e confermata dalle testimonianze si evince che effettivamente non è stata consegnata merce per l'importo indicato dal perito, per cui si può concordare con la valutazione effettuata dallo stesso del relativo danno in L. 330.000.000=. Non risulta invece dagli atti la prova dell'ulteriore danno di L. 75.000.000=, che è calcolato dal perito in via del tutto presuntiva.

Riguardo al danno di L. 201.500.000=, subito per mancato introito da provvigioni “in conseguenza delle mancate consegne da parte della soc. Aegean Mills di merci a clientela procacciata dalla s.a. Carva nelle sua veste di agente con patto di esclusiva, il perito osserva: “Atteso che le forniture non effettuate ammontano a L. 4.030 milioni, e che la provvigione dovuta come da contratto era del 5%, se ne deduce un mancato introito per la Carva di L. 201,5 milioni”. I testi confermano tale circostanza, per cui può dirsi esattamente quantificato il danno di L. 201.500.000=.

In merito al danno per concorrenza sleale, operata dalla Aegean Mills in violazione del patto di esclusiva, e quantificato in L. 400.000.000=, il perito procede ad una valutazione esclusivamente induttiva: “a) in poco più di un anno di attività la Carva aveva procacciato ordini, evasi e non, per circa 8 miliardi; b) le condizioni offerte dall’Aegean Mills alle agenzie che operavano in concorrenza con la Carva erano migliori, in termini di prezzi e facilitazioni di pagamento, rispetto a quelle che la Carva aveva sempre praticato in nome e per conto della Aegean Mills; c) erano ben due le organizzazioni operanti sul territorio italiano, con un conseguente potenziale di vendita certamente superiore a quello della Carva. Ne concludo che l’attività svolta illegittimamente ed in spregio al contratto sottoscritto dovesse essere per lo meno pari a quella svolta dalla Carva, pur se tutto lascia supporre che sia stata di dimensioni anche maggiori. Pertanto stimo come ipotesi minima di provvigioni non corrisposte alla Carva la somma di L. 400 milioni, ovvero il 5% di 8 miliardi”.

Sebbene la violazione del patto di esclusiva sia confermata da tutti i testi, non esistono prove effettive del danno subito, che deve essere provato e non determinato in via induttiva, dovendo il risarcimento reintegrare il patrimonio della creditrice solo di quanto effettivamente perduto in conseguenza dell’inadempimento. **Trattandosi di responsabilità contrattuale non è infatti dato al giudice il potere di liquidare il danno in via equitativa.** Riguardo ai danni morali o indiretti conseguenti alla concorrenza sleale, si osserva che nella presente fattispecie la concorrenza sleale deriva dalla violazione della disciplina contrattuale e non viene dunque in considerazione la responsabilità aquiliana, la cui disciplina è stata applicata dalla giurisprudenza sammarinese alle fattispecie di concorrenza illecita, a termini della quale sarebbero risarcibili anche i danni morali ed indiretti. **Nella responsabilità contrattuale risultano invece risarcibili solo i danni che sono una conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento e che erano prevedibili al momento in cui l’obbligazione è sorta.**

Infine, la Carva s.a. lamenta di aver subito un danno di L. 575.000.000= in conseguenza della totale cessazione delle forniture oggetto del patto di esclusiva a suo tempo stipulato con la società Aegean Mills. Afferma il perito di parte: “il rapporto globale tra la Carva e l’Aegean Mills indica un giro d’affari di circa 4 miliardi/anno per acquisti effettuati dalla Carva e di circa 7 miliardi/anno per ordini acquisiti nella sua veste di agente esclusivo. Pertanto se ne deduce che la Carva poteva contare su introiti lordi di circa 800 milioni dall’utilizzo delle merci acquistate, e di circa 350 milioni dalle provvigioni relative alla attività di agenzia. [...] Ritengo pertanto che dovrebbe nella circostanza essere riconosciuta alla Carva la metà degli introiti lordi di un anno di attività, pari a L. 575 milioni, nella convinzione che un rapporto così complesso ed articolato, di tale rilevanza sia per le cifre coinvolte sia per la sopravvivenza stessa della Carva, rendesse imperativo un preavviso di almeno 6 mesi prima della cessazione del rapporto stesso”.

Effettivamente il preavviso di sei mesi era stabilito dal contratto per la cessazione del rapporto, che si è interrotto bruscamente, per fatto della società Aegean Mills, la quale non ha nemmeno informato la Carva s.a. della cessazione del rapporto, a metà dell'anno 1989. Risulta pertanto equa la quantificazione del danno derivante dal recesso ingiustificato e senza preavviso del mandante-venditore in L. 575.000.000=.

Ne consegue che per l'inadempimento contrattuale accertato la Aegean Mills deve essere condannata al pagamento della somma complessiva di L. 1.526.500.000=, a titolo di risarcimento dei danni subiti, con gli interessi al tasso legale dalla data della citazione in riconvenzione al saldo.

9. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto, vanno posti a carico della parte convenuta in riconvenzione sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

#### 114.

Magistrato del Lavoro (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 16 marzo 1994.

Garuffi Mirco e patronato della C.S.U. (Avv. L. Della Balda) : S.A. La Baguette (Avv. L. Bacciocchi) – Causa n. 7, anno 1992.

#### **Lavoro – Abbandono del posto di lavoro – Licenziamento in tronco.**

*Abbandonando il posto di lavoro, il dipendente viola i diritti di puntualità e di diligenza, insiti nella prestazione dell'opera dovuta.*

*Tale contravvenzione integra perfettamente gli estremi del giustificato motivo del licenziamento in tronco.*

---

#### FATTO

Con istanza, depositata il 17 novembre 1992, l'attore ha chiamato in giudizio la convenuta per sentire "1) dichiarare illegittimo, perchè immotivato e privo di valida ragione, il licenziamento comminato nei confronti dell'istante Garuffi Mirco, e quindi sentirsi obbligata a corrispondere l'equivalente delle retribuzioni non corrisposte per il periodo intercorso fra il licenziamento e la riassunzione del dipendente, tenuto conto del diritto all'inquadramento in terza categoria da parte del sig. Garuffi; con obbligo altresì a riassumere l'istante alle condizioni economiche al medesimo spettantigli e con condanna al pagamento delle spese e degli onorari tutti di causa, nonché al pagamento degli interessi sulle somme dovute all'istante alle scadenze di legge".

Lamenta l'attore che in data 30 giugno 1992 l'Amministratore Unico e legale rappresentante della convenuta società ha disposto di fatto il suo licenziamento, comunicandogli che "sarebbe stato inutile ripresentarsi sul luogo di lavoro, perchè comunque non gli sarebbero state corrisposte le retribuzioni per il periodo successivo al 1 luglio 1992".

Lamenta altresì che la convenuta ha giustificato il licenziamento, perchè l'attore avrebbe abbandonato il posto di lavoro "senza alcun motivo, senza alcuna comunicazione", mentre si sarebbe allontanato nella notte del 30 giugno 1992 soltanto per assistere la moglie, colta da malore e dopo aver avvisato i colleghi.

Lamenta infine che, assunto come operaio qualificato dalla convenuta con nulla osta a termine, scadente il 5 febbraio 1993, sarebbe stato inquadrato nella 1° Categoria dal 6 febbraio 1991 al 31 marzo 1991 ed in 2° Categoria da 1 aprile 1991 al licenziamento, mentre avrebbe avuto diritto all'inquadramento in 3° Categoria.

Riprodotta regolarmente la citazione da parte dell'attore, si è formalmente costituita in giudizio la convenuta: il difensore della convenuta, eccepita la infondatezza della istanza, ha specificato che si è trattato di "licenziamento in tronco".

In atti è stato ritualmente depositato il verbale della vertenza 180 dell'anno 1992, aperta tra le parti in causa davanti alla Commissione Permanente Conciliativa a sensi e per gli effetti del terzo comma dell'art. 7 della Legge 20 maggio 1985, n. 63. Da detto verbale risulta che, nella seduta del 2 ottobre 1992, per mancato accordo tra le parti, la conciliazione non è avvenuta.

Nei termini di prova e controprova sono stati ammessi documenti e i testimoni richiesti nell'interesse dell'attore e della convenuta.

E' stato ammesso con riserva di finali valutazioni il legale rappresentante della convenuta società, che ha ritenuto di voler fare dichiarazioni circa l'organizzazione del lavoro e circa il comportamento dell'attore nei confronti dei colleghi di lavoro: le sue dichiarazioni per provenire da persona, che ha diretti interessi in causa, non sono valutabili come testimonianza idonea. Non offrono poi elementi rilevanti per la valutazione dei fatti di causa, se la prova è invece processualmente considerata come interrogatorio del convenuto: i dati forniti sui turni di lavoro in una azienda di panificazione sono da ritenersi notori.

Sono state sollevate eccezioni circa la situazione di condizionamento psicologico in cui è stato posto un testimone, dipendente della convenuta, che, per le dichiarazioni rese in udienza, è invece da ritenersi attendibilissimo, e, nonostante le pressioni ricevute, costituisce la prova cardine di tutta la vicenda. Il testimone infatti fornisce la prova più concreta che i fatti - il volontario allontanamento dal posto di lavoro da parte dell'attore - sono realmente avvenuti e che l'attore, nella notte precedente ai fatti riferiti dal testimone e di per sé poco rilevanti, si è realmente allontanato dal posto di lavoro.

Non risulta invece dagli atti di causa che la moglie dell'attore, nella notte a cui seguì il licenziamento di fatto - in atti nessuna delle parti ha prodotto la lettera di licenziamento - abbia subito un malore: è vero invece che la signora Giovanna Beldini, nata il 22 ottobre 1964 è stata ricoverata dall'11 giugno 1992 al 15 giugno 1992 in [...] Casa di Cura [Villa Maria di Rimini] per distacco parziale di placenta", per cui sono stati prescritti "quaranta giorni di riposo domiciliare a letto". Anzi, se poi si vuole proprio arrivare alle estreme conseguenze, negli atti di causa non è stata data alcuna prova, che la suddetta signora Giovanna Beldini sia la moglie dell'attore.

Risulta dagli atti di causa che l'attore è stato assunto su richiesta presentata dalla convenuta il 14 gennaio 1991 "nella professione di fornaio" come "operaio qualificato", con un permesso della durata di un anno. Non risulta invece che sia stato retribuito come operaio semplice: anche della sua retribuzione non è stata data alcuna prova in atti. Le lettere e i conteggi, inviati alla convenuta dalla Centrale Sindacale Unitaria nel suo interesse, per essere questa costituitasi in causa attraverso il suo Patronato, non possono

costituire una prova sufficiente dell'avvenuto trattamento retributivo, nella misura in cui si pretende subito da parte dell'attore.

All'interno della azienda, che ha per oggetto la panificazione, ma anche la preparazione di dolci e paste, l'attore é stato destinato a "cuocere delle brioches e delle pizze", senza prepararle. La notte in cui l'attore ha abbandonato il lavoro, è stato precisato in atti "che c'era un pò più di lavoro del solito" e che l'attore si è allontanato giustificandosi che "il forno non funzionava bene". Questa ed altre circostanze del genere, riferite da testimoni, che il procuratore delle parti attrici denuncia come "condizionati psicologicamente", sono comunque del tutto irrilevanti ai fini della valutazione del licenziamento, deciso ed attuato, dalla convenuta nei confronti dell'attore, soltanto per avere abbandonato il posto di lavoro, come dà invece prova il testimone che ha legittimamente reagito al condizionamento.

Il giorno dopo, ripresentatosi al posto di lavoro, l'attore ha chiesto "scusa del gesto che aveva fatto" al Direttore del Laboratorio, affermando di voler continuare a lavorare. Ma la direzione della azienda, in conseguenza e per la gravità dei fatti posti in essere dal dipendente, ha ritenuto di poter applicare l'art.30 della Legge 17 febbraio 1961, n. 7 e quindi di procedere al licenziamento in tronco dell'attore.

Aperto il termine ad allegare, dopo l'irrotulazione, la causa è stata posta *pro servato* e trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore delle parti attrici ha concluso chiedendo: "di sancire l'illegittimità del licenziamento disposto nei confronti del sig. Garuffi Mirco perchè immotivato e privo di giustificato motivo e, quindi, condannare la convenuta Baguette s.a. a riassumere il dipendente Garuffi Mirco, nonché corrispondere al medesimo tutte le retribuzioni per il periodo intercorrente tra il licenziamento e la riassunzione, tenuto conto del diritto all'inquadramento in terza categoria, ammontante sino al 5 febbraio 1993 a £.17.954.165=, con interessi e rivalutazione monetaria sino al saldo effettivo. Il tutto con condanna a spese ed onorari di causa che si chiede di liquidare in £.2.500.000=

Il procuratore della convenuta, ha concluso chiedendo che si "respinga, in quanto del tutto infondata, l'istanza avanzata dall'attore Garuffi Mirco nei confronti della convenuta s.a. Baguette con l'atto introduttivo del giudizio del 16 novembre 1992, conseguentemente dichiarando, che il definitivo abbandono del posto di lavoro da parte dell'attore, costituisce legittimo motivo per giustificare il licenziamento dell'attore stesso, operato dal datore di lavoro signor Berti Enzo, legale rappresentante ed amministratore unico della convenuta s.a. La Baguette. Le spese e gli onorari del presente giudizio che si richiedono liquidarsi nella complessiva somma di £. 5.000.000= seguono la soccombenza e pertanto vanno posti a totale carico dell'attore".

## DIRITTO

1) Il c.d. "condizionamento psicologico", esercitato nei confronti di un testimone, e secondo le argomentazioni del procuratore delle parti attrici, da presupporre nei confronti dei dipendenti dall'Amministratore della convenuta società, è il maggior rischio nel quale possono incorrere le prove nel processo del lavoro, quando devono essere necessariamente ascoltati come testimoni i dipendenti.

**Il principio processuale per cui non sono ammessi come testimoni "i servi a favore e contro i padroni"** (cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, Sommario di procedura giudiziaria

civile sammarinese, R.S.M. 1967, p. 70s.), **non sempre può trovare rigorosa applicazione nel processo del lavoro. Per necessità molte volte il principio deve essere parzialmente attenuato, perchè in alcune circostanze, valutabili caso per caso, i fatti non sarebbero altrimenti contestabili al di fuori dell'ambiente in cui sono avvenuti.**

L'eccezione sollevata nell'interesse delle parti attrici è comunque fondata e può anche essere accolta: si deve in ogni caso precisare, a scioglimento di riserve esistenti in atti, che il comportamento dell'Amministratore, quale risulta dagli atti di causa, non integra gli estremi della vera subornazione del testimone. I fatti di causa pertanto sono stati apprezzati nei termini riferiti nella superiore parte motiva.

**2) Secondo quanto dispone il primo comma dell'art. 29 della Legge 7 febbraio 1961, n. 7 "il prestatore di lavoro deve essere puntuale e diligente nella prestazione dell'opera dovuta; deve osservare le disposizioni impartite per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro e rispettare la gerarchia tecnica e amministrativa".**

**Il "contratto collettivo unico generale di lavoro per le aziende industriali ed i lavoratori in esse occupati", in vigore durante l'episodio per cui è causa, all'art. 57 riproduce *ad unguem* il dettato del riportato primo comma dell'art. 29 della Legge 7 febbraio 1961, n. 7.**

Accertato che tali norme sono in vigore, per stabilire se l'episodio attribuito all'attore non integri, almeno nella parte in cui tutte le risultanze probatorie sono oggettivamente concordi, l'adempimento dei prescritti "doveri del prestatore di lavoro", deve essere valutato rispetto a queste due norme il comportamento dallo stesso attore nella azienda.

Infatti le c.d. sanzioni disciplinari, previste dal successivo art. 30 della richiamata Legge 7 febbraio 1961, n. 7 possono applicarsi legittimamente, a seconda della gravità dell'infrazione, solo per l'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente art. 29, oppure anche per "ogni altra mancanza sul lavoro e avente su questo un diretto e negativo riflesso" e non sono affatto in contrasto con quanto previsto dalle "norme sulle sanzioni disciplinari e sui licenziamenti individuali" della Legge 4 maggio 1977, n. 23.

**L'art. 6 della Legge 4 maggio 1977, n. 23, al suo primo capoverso recita che "il licenziamento per giustificato motivo è determinato da un grave inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva nell'organizzazione del lavoro e al loro regolare funzionamento".**

Certamente gli "obblighi contrattuali del prestatore di lavoro" sono quelli previsti dall'art. 29 della Legge 7 febbraio 1961, n. 7, mentre le "ragioni inerenti all'attività produttiva all'organizzazione del lavoro e al loro regolare funzionamento" corrispondono ad "ogni altra mancanza sul lavoro e avente su questo un diretto e negativo riflesso", condizione aggiunta dal successivo art. 30 della stessa Legge 7 febbraio 1961, n. 7.3) L'episodio per cui è causa, a giudizio della convenuta, per la sua gravità giustifica ampiamente il licenziamento in tronco a sensi del primo comma, sub lettera f del citato art. 30 della richiamata Legge 7 febbraio 1961, n. 7.

Si deve significare che, ai fini della domanda attrice, ma anche delle eccezioni proposte dalla parte convenuta, è del tutto irrilevante che l'attore il giorno dopo, ripresentatosi al posto di lavoro, abbia chiesto "scusa del gesto che aveva fatto" al Direttore del Laboratorio, affermando di voler continuare a lavorare.

Infatti alla gravità da attribuire al comportamento tenuto dall'attore, non può portare nessun elemento di attenuazione il successivo ripensamento o meglio il recesso attivo del



dipendente stesso che, anche se in conseguenza di stati emozionali o comunque alterati, ha posto oggettivamente in atto un comportamento di abbandono del posto di lavoro, l'unico giuridicamente rilevante.<sup>4</sup>) La procura dell'attore eccepisce che il licenziamento è stato "arbitrariamente disposto poiché privo di giusta causa o del giustificato motivo previsti quali requisiti necessari dalla Legge 4 maggio 1977, n. 23".

E' accertato poi che dell'allontanamento dal posto di lavoro ne è stata data piena prova, da testimone indotto dalle parti attrici, senza usufruire nel caso dell'inversione dell'onere della prova, prevista dall'art. 11 della stessa Legge 4 maggio 1977, n. 23.

L'attore ha tenuto un comportamento tale da dover essere apprezzato, in senso nettamente contrario a quanto è previsto nelle altre categorie di comportamento elencate tra i "doveri del prestatore di lavoro" dal citato art. 29 della richiamata Legge 7 febbraio 1961, n. 7. Il convenuto infatti ha tenuto un comportamento tale che è da ritenersi contrario anche alle "disposizioni impartite per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro".<sup>5</sup>) **Tra i "doveri del prestatore di lavoro" il citato art. 29 della richiamata Legge 7 febbraio 1961, n. 7, al primo capoverso elenca le categorie della puntualità e della diligenza "nella prestazione dell'opera dovuta".**

Come è stato già deciso in un caso analogo allegato dalla procura della convenuta società, **il concetto di puntualità è certamente da intendersi in relazione al tempo e impone al lavoratore la presenza continua nel posto di lavoro** (cfr. sentenza del Commissario della Legge, Magistrato del Lavoro del 13 luglio 1987 nella causa civile n. 238 dell'anno 1984).

**Nel concetto di diligenza invece la dottrina e la giurisprudenza - sia nel diritto romano comune, sia presso le odierne legislazioni codificate - tendono a collocare comportamenti che qualificano generalmente tutte le modalità e gli atti nell'adempimento dell'obbligazione assunta dal debitore.**

**L'obbligazione appunto deve essere eseguita con quella cura e quella scrupolosa attenzione che deve soddisfare perfettamente l'*officium* al quale si viene preposti. Con il concetto di diligenza si esprime quindi una precisa direttiva della condotta del prestatore di lavoro, cioè una modalità che compete a quel soggetto, che ha promesso di adempiere prestando le proprie opere. La coppia di concetti, *diligentia/culpa*, che dalla giurisprudenza giustiniana in poi domina la dottrina fino ai nostri giorni (cfr. E. BETTI, Istituzioni di diritto romano, II, I, Padova 1961-1962, p. 344, p. 355 e pp. 384 e ss.; V. ARANGIO-RUIZ, Responsabilità contrattuale in diritto romano, Napoli 1958, p. 180 e segg.), individua due precisi momenti dell'adempimento, momenti tra loro contrapposti, in cui nel primo si rappresenta la condotta del debitore - *diligentia* -, mentre nell'altro invece si stigmatizza l'aspetto negativo e sanzionatorio - *culpa*.** Nei due termini infatti la dottrina ha spesso ritrovato una equivalenza che è stata riconosciuta come antitetica (DE ROBERTIS, "Culpa et diligentia" nella compilazione giustiniana, in Studi in onore di E. Betti, II, Milano 1962, pp. 349-362). Pertanto essere chiamati a rispondere di diligenza significa aver omesso l'azione, che quella stessa include, come dovere essenziale dell'adempimento.

Il diritto romano comune conosce poi almeno tre gradi di diligenza: basterà rifarsi soltanto al primo, quello che richiede una *diligentia minima* - definita poi come la diligenza che è comune a tutti gli uomini nell'adempimento di una obbligazione - per prendere in considerazione il dovere di diligenza che, nel caso di specie si richiede al prestatore di lavoro subordinato: "sufficit quod praestet talem, qualem communis natura

hominum, qui non admodum sapientes et vigilantes reputantur, consueverunt in talibus prestare” – “è sufficiente che presti una tale diligenza, quale per natura comune degli uomini, che per l'appunto non sono considerati sapienti e vigilanti, sono soliti in tali casi prestare” (cfr. J. FABER, Commentaria in Istitutiones, Tit. Quibus modis re contrahitur obligatio, § item [Inst.3.14.2]).

In generale, ma soprattutto nel diritto comune, il criterio della minima diligenza è sempre richiamato come criterio di assunzione di responsabilità, quando, da parte di chi adempie una obbligazione, esiste una *utilitas partis contrahentis*, cioè una qualsiasi situazione di vantaggio. Nel rapporto di lavoro subordinato, che deve ricondursi allo schema contrattuale della *locatio operarum*, il prestatore di lavoro dà in locazione le sue opere dietro la prestazione di un compenso, nel quale si individua il salario pagato dal datore di lavoro e che rappresenta quindi l'*utilitas* conseguita.

**Pertanto l'Ordinamento Sammarinese e tutte le leggi richiamate, nel presupporre l'adempimento del prestatore di lavoro, non si allontana affatto - se non nelle garanzie di derivazione pubblicistica che sono poste a tutela del lavoratore - da quelle che sono le categorie generali, alle quali la diligenza deve essere necessariamente riportata.**

Nel richiamato art. 29 della Legge 7 febbraio 1961, n°. 7, in combinato disposto con il primo capoverso dell'art. 7 della Legge 4 maggio 1977, n. 23, il grado e la forma di prudenza, vigilanza ed attenzione, richieste al prestatore di opere in vista dell'adempimento della sua obbligazione, è espresso nella sua interezza ed essenzialità. In particolare il dovere di diligenza è richiesto nella sua gradazione minima, cioè é richiesto un adempimento tale che trova sufficiente termine di paragone in quel comportamento che avrebbero tenuto tutti gli uomini nell'adempiere una obbligazione.

**Abbandonando il posto di lavoro, il prestatore di opere ha posto in essere un comportamento, che ha avuto influenza sull'adempimento dell'obbligazione che si era assunta, per cui deve ritenersi che egli è venuto meno a quel contenuto minimo di diligenza richiesto, contravvenendo ai suoi doveri, stabiliti dall'art. 29 della Legge 7 febbraio 1961, n°. 7. E l'aver contravvenuto a tali obblighi, o doveri, nel licenziamento in tronco integra perfettamente gli estremi del giustificato motivo del primo capoverso dell'art. 7 della Legge 4 maggio 1977, n. 23.6) L'aver contravvenuto al dovere di diligenza è causa più che sufficiente per giustificare il provvedimento di licenziamento in tronco posto in essere dal datore di lavoro.**

L'attore poi ha anche tenuto un atteggiamento, nel quale non ha osservato “le disposizioni impartite per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro”, perchè l'abbandono del posto di lavoro, incontestabilmente provato agli atti di causa, non si concilia facilmente con l'altro suo dovere, di cui al citato art. 29 della Legge 7 febbraio 1961, n°. 7.

In una organizzazione economica quale è certamente l'azienda, le manifestazioni di necessità, asserite dall'attore a giustificazione del suo allontanamento - purtroppo non provate in atti - possono anche essere ritenute compatibili con l'organizzazione stessa. Verificandosi una situazione di necessità del prestatore di lavoro subordinato, sembra buona norma perlomeno avvertire in qualche forma “la gerarchia tecnica e amministrativa”.

Anche per questa ulteriore ragione la domanda dell'attore non può essere accolta.7) Le spese ed onorari del presente giudizio, a sensi del § 272 della Rub. XXXII del Libro II

delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, devono essere posti totalmente a carico delle parti attrici, in forza della loro soccombenza.

E in accoglimento della richiesta del procuratore della convenuta, spese ed onorari saranno liquidati, *more solito*, con successivo e separato decreto, dopo l'esibizione della nota analitica da parte del procuratore stesso (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell'anno 1923, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1927, p. 9).

## 115.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 11 aprile 1994.

Zonzini Giuseppe e Zaccaria (Avv. L. Bacciocchi) : Ercolani Dorianò (Avv. G.L. Berti)  
– Causa n. 263, anno 1991.

### **Proprietà – Muro divisorio comune – Demolizione e ricostruzione.**

*L'ius proprium deroga alla dottrina di diritto comune che inserisce la disciplina del muro di recinzione comune tra le servitù urbane. Deve peraltro applicarsi quanto stabilito dalla Rub. XXXIII del Libro Secondo delle Leges Statutae.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 6 novembre 1991 i signori Zonzini Giuseppe e Zonzini Zaccaria hanno convenuto avanti a questo Tribunale il signor Ercolani Dorianò per sentirlo “ordinare l'immediata demolizione delle opere edili iniziate in quanto erette su area di terreno non di sua esclusiva proprietà e senza alcuna autorizzazione edilizia; quanto sopra con decreto immediatamente esecutivo nonostante gravame. Con condanna al risarcimento di tutti i danni cagionati dall'Ercolani ai signori Zonzini dal suo comportamento illegittimo. Con vittoria di spese ed onorari tutti di causa”.

Esponevano gli attori di essere proprietari unitamente al convenuto, rispettivamente nella misura di 1/4 ciascuno essi attori e 2/4 il convenuto, di porzione di terreno sita in Serravalle, via Quattro Giugno, distinta al Catasto Fabbricati di questa Repubblica nella Parrocchia di Serravalle al Foglio 6 - numero 430 - cat. P.E. - mq. 390, destinato ad area ad uso comune e parcheggio dei fabbricati prospicienti distinti al Catasto con i numeri 431 e 432, nonché di essere proprietari, unitamente ai figli, del fabbricato con area pertinenziale distinto al Catasto Fabbricati al Foglio 6 n. 277, lamentando che il signor Ercolani Dorianò stava erigendo un muretto in cemento armato esattamente lungo il confine tra le particelle 430 e 277. La particella sulla quale il convenuto stava eseguendo il muro “è in proprietà indivisa con i signori Zonzini Giuseppe e Zaccaria, i quali sono assolutamente contrari alla erezione di detto muretto”.

Precisavano inoltre gli attori che “da verifiche effettuate presso le competenti Autorità, risulta che il signor Ercolani non abbia richiesto alcuna autorizzazione, anche perché l'eventuale progetto avrebbe dovuto essere firmato da tutti i comproprietari”, e che “le

opere edili iniziate illegittimamente e abusivamente” creavano loro notevole danno “in quanto impediscono il normale passaggio anche fra le particelle n. 277 e 432” di loro proprietà.

All’udienza del 5 dicembre 1991 costituiva la sola parte attrice, mentre in data 13 febbraio 1992 si costituiva il convenuto.

Con decreto in data 14 febbraio 1992, su richiesta di entrambe le procure veniva disposta la sospensione del giudizio, cessata, con la conseguente regolare ripresa del giudizio, in data 12 ottobre 1992.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza di entrambe le procure, documenti, nonché, su istanza dalla procura convenuta, la prova testimoniale del signor Maurizio Sammaritani ed il giudiziale contraddittorio fra le parti in causa, incumbenti esperiti nel corso dell’udienza del 6 maggio 1993.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato le rispettive memorie conclusionali. All’udienza del 13 gennaio 1994 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che, il fascicolo veniva trattenuto per la decisione.

Nelle finali allegazioni la procura attrice ha concluso chiedendo che il Commissario della Legge voglia “accogliere integralmente l’istanza avanzata dai signori Zonzini Giuseppe e Zaccaria; dichiarare di conseguenza l’illegittimità della costruzione del muro intrapresa dal convenuto Ercolani Dorianò; ordini l’integrale demolizione delle strutture murarie poste in essere che, anche per la loro precarietà ed incompletezza, costituiscono incombente e continuo pericolo di danno per le persone e per le cose, tanto più considerando che sono poste in luogo di pubblico e frequentissimo passaggio. A seguito della soccombenza voglia l’Ill.mo Signor Giudice condannare il convenuto Ercolani Dorianò all’integrale pagamento delle spese e degli onorari del giudizio che si richiedono liquidarsi nella complessiva somma di L. 3.500.000= fino all’emananda decisione, salve le successive occorrendo”.

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo “respingersi siccome infondate le richieste degli attori, con condanna di questi ultimi al pagamento delle spese e degli onorari tutti del presente giudizio, da liquidarsi con separato decreto”.

## DIRITTO

1. I signori Zonzini esperiscono dunque la presente azione al fine di ottenere la condanna del convenuto Ercolani Dorianò all’abbattimento del muro posto in area di proprietà comune, di cui lo stesso convenuto ha intrapreso la costruzione, e ciò, oltre al fatto che la costruzione di tale muro è stata iniziata senza il loro consenso, in quanto la stessa sarebbe di intralcio al pacifico godimento della area comune e, soprattutto, poiché sarebbe stato costruito in assenza delle necessarie autorizzazioni amministrative, le quali non potrebbero comunque essere concesse in quanto impedita dalla legge 25 giugno 1971 n. 27, che ha istituito “una fascia di protezione ai lati della superstrada”. Osserva la procura attrice nelle finali allegazioni: “l’inosservanza delle disposizioni della citata legge comporta una sanzione pecuniaria e la demolizione delle opere edilizie non autorizzate e di quelle eseguite in violazione della medesima legge. In caso di inottemperanza la demolizione viene compiuta d’ufficio con addebito agli inadempienti delle spese relative”.

Si deve subito osservare che compete al giudice ordinario valutare esclusivamente se il convenuto - sulla scorta dei principi di diritto privato - poteva o meno innalzare il muro

di confine tra le proprietà delle parti in causa, a nulla rilevando l'indagine circa la sussistenza o meno delle necessarie autorizzazioni amministrative, le quali proprio in quanto tali, hanno l'effetto di rimuovere l'ostacolo all'esercizio di un diritto di cui il privato è già titolare.

**La costruzione di un manufatto in assenza delle prescritte autorizzazioni amministrative previste dalla legge edilizia ed urbanistica, comporta, a carico del proprietario l'irrogazione di sanzioni - amministrative e penali - che naturalmente non sono di competenza del giudice civile, il quale può esclusivamente verificare, in applicazione dei principi di diritto privato, se vi sia o meno il diritto del convenuto alla ricostruzione del muro di recinzione posto al confine tra le proprietà delle parti in causa, senza minimamente incidere sulla disciplina autorizzativa amministrativa, potendo, semmai, rilevare l'assenza della autorizzazione e, dunque, la presenza dell'ostacolo all'esercizio in concreto del diritto.**

2. Ciò premesso, si rileva che nella presente fattispecie, il muro di recinzione in questione - eretto al confine tra le proprietà delle parti in causa, era già esistente, ed è stato demolito dagli attori per meglio procedere alla esecuzione di lavori edilizi sulla loro proprietà.

*La dottrina del diritto comune inserisce la trattazione della disciplina del muro di recinzione tra le servitù urbane, ed osserva che: "In primis sciendum est, inter aedes duas hortosve parietem intermedium in dubio communem praesumi, quoties pro pleno vicinio alterutrius dominio indicia desunt ac probationibus [...] Ceterum, uti nulli licet, in alieno quid facere invito domino, ita nec in pariete communi, si non accedat vicini consensus, eo quod res communis pro parte aliena est" (J. VOET, Commentariorum ad Pandectas, Lib. VIII, tit. II, nn. 15 e 16).*

*Lo ius proprium, peraltro, deroga, in subiecta materia, allo ius commune. La Rub. XXXIII del Libro II delle Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini, stabilisce, infatti: "Volendo che se uno abbia col suo vicino fra le loro case un muro che minacci ruina, o se fra le anziddette case non vi sia muro o parete, fatta la richiesta dell'una parte in giudizio, se l'altra parte, invitata, ricuserà di fare il muro, allora quella parte che richiede che si faccia, possa con licenza e consenso dei Signori Capitani, ristaurare il muro ruinante, o costruirne uno nuovo nel posto comune, secondo il giudizio di due periti da eleggersi come sopra".*

Nella presente fattispecie il muro era preesistente ed è stato demolito, su richiesta degli attori, per utilità esclusiva di questi. Nella scrittura privata sottoscritta da entrambe le parti in causa in data 13 febbraio 1992 e non disconosciuta - prodotta in atti - si legge al riguardo: "il muretto di delimitazione che era preesistente fra le proprietà di mappali 431 e 277 del foglio 6, poi demolito, sarà ricostruito subito nelle identiche dimensioni e strutture quale era, a cura e spese delle parti per metà ciascuna, previa autorizzazione degli uffici competenti". Con tale scrittura privata, contenente un accordo di transazione sottoposto a condizione non verificatasi, gli attori hanno dunque riconosciuto il diritto del convenuto di procedere alla ricostruzione del muro di recinzione preesistente, prestando il loro consenso in tal senso.

Di conseguenza deve essere respinta - sotto il profilo del diritto privato - la domanda spiegata dalla parte attrice, in quanto il convenuto ha il diritto di procedere alla ricostruzione del muro a spese comuni. Ovviamente - trattandosi di un manufatto soggetto ad autorizzazione amministrativa - tale diritto non potrà essere esercitato in concreto fino a quando l'autorizzazione non intervenga.

D'altra parte, ai sensi degli artt. 36 e ss. della legge 15 marzo 1980 n. 18 spetta alla Commissione Tecnica Edilizia la vigilanza "su tutte le opere e costruzioni", la quale allorché accerti che l'opera è realizzata in assenza di autorizzazione, provvederà alla adozione dei provvedimenti previsti dall'art. 37.

L'accertamento della "abusività" della costruzione è dunque rimessa alla Pubblica Amministrazione, alla quale la legge riconosce il potere di ordinare la demolizione o il ripristino delle opere abusive, potere che non è invece riconosciuto al giudice civile.

3. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto, vanno posti a carico della parte attrice sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

### 116.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 9 maggio 1994.

S.p.a. S.I.P. (Avv. P.L. Bacciocchi) : S.a. S.S.T. (Avv. L. Lonfernini) – Causa n. 16, anno 1991.

#### **Sequestro di credito - Contratto di cessione in uso di circuiti – "Locatio rei et operis".**

*Un credito, per formare oggetto di provvedimento di sequestro, non deve essere necessariamente liquido ed esigibile, purché esista il diritto del sequestrato verso il terzo al pagamento di una somma di denaro, non essendo sufficiente una generica aspettativa di prestazione.*

*Il rapporto contrattuale complesso, di durata, di cessione in uso di circuiti e di effettuazione di prestazioni strumentali alla cessione stessa, va inquadrato nello schema della locatio rei et operis, non in quello della somministrazione.*

---

### FATTO

Con atto di citazione in data 17 gennaio 1991 la società per azioni Società Italiana per l'Esercizio delle Telecomunicazioni - S.I.P., in persona del suo legale rappresentante, ha convenuto aventi a questo Tribunale la società anonima S.S.T., in persona del liquidatore, per sentirla "tenuta e condannata al pagamento della suddetta somma di L. 167.881.853= o quella che risulterà di giustizia oltre ad interessi, rivalutazione monetaria, spese competenze ed onorari del presente giudizio, salvo le successive occorrenze".

Esponenza l'attrice di avere fornito alla convenuta collegamenti, prestazioni e forniture, per le quali risultava creditrice della somma di L. 167.881.853=. Vani sarebbero stati tutti i tentativi di ottenere il pagamento.

All'udienza fissata per la seconda citazione si costituiva la convenuta a mezzo procuratore.

Con comparsa in data 5 settembre 1991 la procura attrice, dopo aver prodotto copiosa documentazione chiedeva disporsi il sequestro conservativo sui beni mobili della società convenuta fino alla concorrenza della somma di L. 167.881.853=. Il sequestro veniva autorizzato, a rischio e pericolo dell'istante, con decreto in data 16 settembre 1991, ed era eseguito dall'Ufficio Cursorile in data 11 febbraio 1992 sulla somma di L. 103.711.774= depositata sul conto corrente n. 3467/4 aperto in data 24 luglio 1991 presso la Cassa Rurale Depositi e Prestiti di Faetano, Agenzia di Città, nominando custode il dott. Liberotti, liquidatore della società convenuta.

Si opponeva al sequestro la procura convenuta, chiedendo, fra l'altro, che il sequestro venisse "mantenuto sui beni mobili ed attrezzature della società, nonché sulla somma che verrà liquidata dalla Ecc.ma Camera di San Marino alla società a titolo di canone d'uso sugli impianti attualmente in gestione alla Direzione Poste e Telecomunicazioni, come da delibera 25 nov. 1991 n. 47, che si allega".

Con decreto in data 2 giugno 1992 questo giudicante respingeva l'istanza della procura convenuta, in quanto la stessa richiedeva il sequestro di un preteso credito vantato nei confronti di un terzo, del quale mancava la dichiarazione di debito, onde allo stato esisteva solo una generica aspettativa di prestazione da parte della convenuta.

La procura convenuta provvedeva quindi alla citazione della Ecc.ma Camera, in persona dei Sindaci di Governo pro tempore, perché questi rendessero la necessaria dichiarazione di debito.

Con decreto in data 10 novembre 1992 questo Ufficio dava atto che il giudizio principale e quello promosso dalla convenuta verso la Ecc.ma Camera erano autonomi e separati, ed instaurava opportuno contraddittorio tra le parti al fine di decidere sulla separazione degli stessi. Con decreto in data 20 novembre 1992 veniva disposta, per ragioni di opportunità e di economia processuale la separazione dei giudizi, mandando alla Cancelleria di procedere allo stralcio degli atti relativi alla causa promossa dalla convenuta verso la Ecc.ma Camera.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza della procura attrice, numerosi documenti, nonché la testimonianza del signor Zavatta Pietro.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All'udienza del 7 aprile 1994 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo era posto *in pro servato*.

La procura attrice ha concluso chiedendo "condannare la soc. an. S.S.T. a corrispondere in favore della Società Italiana per l'Esercizio delle Telecomunicazioni S.I.P. la somma di L. 167.881.853= oltre interessi e svalutazione a far data dal 14 gennaio 1991; voglia altresì confermare il sequestro sulle somme contenute nel c/c 3467/4 aperto presso la Cassa Rurale Depositi e Prestiti di Faetano. Il tutto con vittoria di spese e competenze del presente giudizio".

La procura convenuta ha invece concluso chiedendo "che la richiesta della parte attrice venga respinta in quanto non esiste un titolo a sostegno del credito vantato, né si può quantificare il credito per il semplice fatto che il servizio è stato prestato senza tenere in considerazione gli aspetti contrattuali che hanno mosso le parti e quindi la volontà che hanno manifestato; volontà che comunque avrebbe dovuto spiegarsi in un atto scritto, né, si ripete, può trovare accoglimento la pretesa di applicare puramente e semplicemente una normativa che spiega la sua forza in una realtà territoriale diversa da quella sammarinese. Un'ultima considerazione: nessun documento contabile (estratto) è stato

depositato agli atti relativo ad iscrizioni nei registri della società del credito vantato dalla SIP, né sono stati presentati estratti di bilancio relativi a partite in sofferenza”.

## DIRITTO

1. La procura attrice esperisce la presente azione al fine di ottenere la condanna della convenuta al pagamento della somma di L. 167.881.853=, della quale essa afferma di essere creditrice per prestazioni effettuate in favore della convenuta.

La stessa procura chiedeva ed otteneva in corso di causa il sequestro conservativo sui beni mobili di proprietà della convenuta a garanzia del credito vantato. La autorizzazione di tale sequestro, l'esecuzione dello stesso e le richieste della procura convenuta di trasferirlo su un preteso credito dalla stessa lamentato nei confronti della Ecc.ma Camera ha dato luogo ad un copioso contenzioso, sfociato nel mantenimento del sequestro sulla somma effettivamente sequestrata, e con la separazione del giudizio instaurato dalla convenuta verso la Ecc.ma Camera al fine di ottenere da questa la dichiarazione di debito.

Proprio in considerazione di tale vicenda processuale è necessario soffermarsi in via preliminare sull'istituto del sequestro nell'ordinamento sammarinese, nonché dare conto, in modo più esaustivo, della separazione dei giudizi disposta in corso di causa.

L'attrice ha richiesto, *inaudita altera parte*, il sequestro dei beni mobili di proprietà della convenuta a garanzia di un credito che essa assumeva di vantare nei confronti della convenuta medesima. Trattasi, dunque, di sequestro c.d. conservativo.

*Con il sequestro conservativo si pone un vincolo su alcuni elementi attivi del patrimonio del debitore che, in caso di inadempimento, potrebbero essere espropriati per realizzare in via esecutiva il credito. Esso costituisce, pertanto, uno strumento speciale di conservazione della garanzia patrimoniale generale, atteso che, dal momento in cui viene eseguito, sono resi inefficaci gli atti di disposizione di tali beni che siano dal debitore compiuti.*

*Con la domanda di autorizzazione del sequestro il richiedente esperisce dunque una azione cautelare, a cognizione sommaria, che dà luogo ad un procedimento incidentale autonomo, sebbene connesso al giudizio principale sul merito.*

*La disciplina di tale istituto, non indicata dallo ius proprium, è stata individuata dalla giurisprudenza sammarinese, che ne ha delineato l'evoluzione, ed ha recepito i principi espressi dalla dottrina del diritto comune.*

*Si rileva, al riguardo che il diritto romano non permetteva il sequestro prima che il debitore fosse convenuto in giudizio (C.4,4: "quotiens ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim debitorem primo convinci, et sic deinde ad solutionem pulsari: quam rem non tantum iuris ratio, sed et ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum adferat, debitoremque convinctat pecuniam petiturus"). Nel diritto comune "si discute (premessi che il sequestro può diventare inutile se in ogni caso si dovesse, prima di ottenerlo citare in giudizio il debitore) se sia possibile rilasciare il sequestro ex primo decreto senza aver prima citato il debitore. L'opinio communis è nel senso che, in via eccezionale sia consentito il sequestro inaudita altera parte quando esista una evidentissima causa [...] o, quanto meno, qualche ragionevole motivo per temere la perdita del credito. [...] di conseguenza, non può concedersi - e tanto meno confermarsi - il sequestro (fatta eccezione per i casi particolari come nell'eccezione cambiaria) se non è provato che il*



*debitore possa eludere la sentenza di condanna [...] non vi è pericolo di perdere il credito tutte le volte che quegli contro cui il sequestro è richiesto sia pronto a prestare idonea cauzione"* (Sentenza del Commissario della Legge in data 6 novembre 1952, *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 2, p. 291). Relativamente ai presupposti viene precisato: "gli estremi per la concessione (e quindi per la conferma) del sequestro conservativo (accordato sia pendente causa sia prima del suo inizio) erano quelli stessi che poi sono stati accolti dai codici di procedura italiani e cioè (Richeri, *Univ. Iurisp.*, lib. III, tit. X, n. 1112) 1) *ut summarie constet de iure petentis* (il *fumus boni iuris*); 2) *ut agens caveat ne absque gravi et legitima causa sequestrationem postulet* (si *debitor pravae existimationis, fugae, aut dilapidationis suspectus*) vale a dire esista fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito. Le *Leges Statutae* parlano di <<sequestratio>> in varie rubriche ma nel senso di sequestro esecutivo. Solo nella Rub. XXV del lib. II e per le questioni sorte sul mercato, può vedersi ammesso un sequestro conservativo. Ma comunque sia da ciò risulta che, nel diritto sammarinese il sequestro conservativo è stato in pratica accolto in conformità di quanto si usava nel diritto comune. E le norme di uso sono state accolte nella legge 10 dicembre 1884 sulle controversie avanti il Conciliatore" (sentenza del Commissario della Legge in data 30 agosto 1965, *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 3, p. 381. In senso conforme anche la sentenza del Commissario della Legge in data 29 luglio 1969, *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 440).

*In sostanza, secondo le richiamate decisioni, per la concessione del sequestro è necessario che il richiedente fornisca la prova della pretesa titolarità del credito che sia tutelabile in via cautelare, adducendo elementi tali da consentire una valutazione in termini di probabilità o verosimiglianza, nonché della sussistenza del fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito.*

*Osserva al riguardo la dottrina sammarinese che il sequestro "si concede in seguito a formale richiesta, e mercé decreto, con formula <<a rischio e pericolo dell'istante>>, al quale potrebbe, quando il giudice lo credesse opportuno, imporsi l'obbligo di una cauzione"* (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura Giudiziaria Civile Sammarinese*, 2° ed., San Marino, 1967, p. 121).

*Nella specie l'istante aveva documentato il proprio credito con copiosa documentazione comprovante l'erogazione di servizi a favore della convenuta, la quale versava in liquidazione volontaria. Tali circostanze hanno indotto il giudicante a concedere il richiesto sequestro e a prescindere dalla imposizione della cauzione, peraltro nemmeno richiesta dalla procura convenuta.*

*La procura convenuta, come detto, una volta eseguito il sequestro ha richiesto che lo stesso venisse trasferito sulla somma di cui pretendeva di essere creditrice verso la Ecc.ma Camera.*

*E' noto che nell'ordinamento sammarinese il sequestro può avere ad oggetto solo cose mobili e pignorabili (cfr. T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, cit., p. 121), e dunque anche i crediti.*

*Perché un credito possa formare oggetto di provvedimento di sequestro non è necessario che sia liquido ed esigibile, purché esista il diritto del sequestrato verso il terzo al pagamento di una somma di denaro, non essendo certamente sufficiente una generica aspettativa di prestazione.*

*Ovviamente il sequestro di crediti segue la procedura per pignoramento presso terzi, che si esegue "mediante citazione del debitore diretto ed al terzo davanti al tribunale competente per la somma, dove si domanderà la dichiarazione del credito [...]" La*

*citazione con la quale si dà vita a tale speciale giudizio deve specificare: 1) la somma dovuta all'istante ed il titolo in forza del quale si procede; 2) l'indicazione, almeno generica, delle somme dal terzo dovute; 3) l'ordine al terzo di non disporre delle somme pignorate senza ordine della giustizia; 4) la citazione del terzo e del debitore: il primo perché dichiari se e quali somme sono dovute al debitore; il secondo perché, se voglia, sia presente alla dichiarazione ed agli atti esecutivi" (T.C. GIANNINI, op. cit., p. 127).*

Nella presente fattispecie la richiesta di sequestro del credito è avanzata direttamente dal creditore, al quale spetta dunque l'onere di citare il terzo perché renda la dichiarazione di debito.

La procura convenuta ha prodotto, a prova del preteso credito vantato nei confronti della Ecc.ma Camera la delibera del Congresso di Stato in data 25 novembre 1991 n. 47 con la quale viene dato mandato al Deputato alle Comunicazioni "di affidare alla Direzione Poste l'incarico di valutare, tramite tecnici di sua fiducia (eventualmente anche esterni) l'ammontare del canone d'uso degli impianti ad essa affidati in gestione, di proprietà della S.S.T. S.A.".

Dalla lettura di tale delibera si evince che il preteso credito ancora non esisteva, essendo solo rimesso il mandato di valutare l'ammontare di canoni d'uso.

La procura della Ecc.ma Camera, citata dalla convenuta perché rendesse la dichiarazione di debito, chiedeva la separazione dei giudizi (comparsa in data 19 novembre 1992).

Di conseguenza, l'inesistenza di un credito certo e la resistenza della Ecc.ma Camera, hanno condotto il Giudicante a confermare il sequestro eseguito e, successivamente, proprio per la resistenza della Ecc.ma Camera, a procedere alla separazione del giudizio principale dal giudizio promosso dalla S.S.T. s.a. verso la Ecc.ma Camera per ottenere la dichiarazione di debito, in quanto trattasi di giudizi autonomi per *petitum* e *causa petendi*, ed anche tenuto conto che il procedere congiunto avrebbe ostacolato e ritardato la decisione del presente giudizio.

2. Ciò premesso, occorre procedere alla disamina del merito della domanda attrice.

Essa assume di avere effettuato prestazioni a favore della convenuta che non le sarebbero state pagate.

La procura convenuta non contesta l'esecuzione di tali prestazioni (peraltro provata dalla copiosa documentazione prodotta dalla parte attrice), ma sostiene che "il pagamento dei canoni per il servizio non è mai stato formalizzato con un contratto scritto che avrebbe dovuto stabilire le tariffe, i tempi di utilizzo, le modalità di pagamento. [...] per cinque anni [la S.I.P.] non ha avanzato alcuna pretesa sul servizio prestato. [...] L'atteggiamento della S.I.P., può essere considerato alternativamente: sia in quello generico di una collaborazione vera e propria alla nascente iniziativa di sviluppo delle telecomunicazioni in territorio sammarinese, considerati i suoi interessi già consolidati (telefonia), sia in quello più specifico di un rapporto contrattuale che avrebbe dovuto trovare contenuto e forma in una fase successiva con il concorso di entrambi i soggetti interessati".

In sostanza posto che non è controverso che l'attrice abbia eseguito delle prestazioni a favore della convenuta, occorre verificare nell'ambito di quale rapporto esse si inseriscano, e se sia dovuto un corrispettivo per le stesse, e, in caso positivo, in assenza di un regolamento contrattuale avente la forma scritta, quale sia tale corrispettivo, e cioè come debba essere determinato.

3. Puntualmente osserva la procura attrice nelle finali allegazioni che la presente fattispecie - e dunque la pretesa che l'attrice afferma sotto il profilo privatistico - manifesta complessità "costituita dalla commistione di elementi pubblicistici dovuti

all'intreccio concessorio della gestione dei servizi telegrafonici e telefonici fra l'Italia e San Marino".

Risulta dagli atti di causa che la società S.S.T. s.a. è subentrata nel 1984 alla Amministrazione P.T. sammarinese (la quale a sua volta aveva sostituito l'Amministrazione P.T. italiana), a seguito di apposita concessione del Congresso di Stato, nella gestione del servizio telex nella Repubblica di San Marino. La S.I.P., concessionaria del servizio telegrafico e telefonico, era obbligata a cedere in uso i circuiti e ad effettuare i collegamenti tra utente e centrale della S.S.T. s.a., su richiesta della medesima S.S.T. s.a., che rimanevano di proprietà della S.I.P.

Si tratta di un rapporto contrattuale complesso, di durata, nel quale spicca **la cessione in uso di circuiti e la effettuazione di prestazioni strumentali alla cessione del circuito, che può agevolmente essere inserito nello schema della *locatio rei* ed *operis*. Osta alla qualificazione di tale contratto come somministrazione il fatto che in tale rapporto non si ravvisa la presenza dell'effetto traslativo, verso il corrispettivo di un prezzo, che è, invece, proprio della somministrazione**. Osserva, con riguardo al contratto di abbonamento telefonico, la dottrina italiana, nella quale, peraltro, è pure controversa la possibilità di ammettere la somministrazione d'uso: "vi sono alcuni casi in cui è dubbia la qualificazione stessa come somministrazione del contratto. Tale non è ad esempio l'abbonamento telefonico che, nello stato attuale di meccanicizzazione e automatizzazione del servizio, fa passare in secondo piano le prestazioni fornite dall'ente concessionario, prestazioni che appaiono meramente strumentali ed accessorie rispetto alla messa a disposizione dell'impianto" (G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1978, vol. II, p. 400).

D'altra parte, è evidente che l'attrice reclama il pagamento di un canone e non di un prezzo, come invece è nella somministrazione.

In sostanza **l'attrice si è obbligata a mettere nella materiale disponibilità della convenuta determinati beni (i circuiti) di sua proprietà, verso il corrispettivo periodico di una certa somma di denaro. E' questo lo schema tipico della *locatio conductio rei*, il cui elemento essenziale è la fissazione di un canone periodico**, come si evince da D.19,1,2: "sic et locatio, et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit".

Inoltre, nel complesso rapporto contrattuale, la attrice si impegnava - al fine di rendere possibile la cessione in uso dei circuiti, ad effettuare i collegamenti fisici tra utente e centrale, installando, dunque, dei cavi verso un corrispettivo.

L'obbligo assunto dalla parte attrice, dunque ha per contenuto un "*facere*", mentre quello della parte convenuta consiste in un "*solvere*": "trattasi quindi di una tipica <<*locatio operis*>>" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 21 novembre 1990, nella causa civile n. 204 dell'anno 1987).

Invero, *la giurisprudenza sammarinese ha distinto il contratto d'appalto dal genus della locatio operis, ponendo il principio che si ha "locatio operis" quando "il prestatore d'opera agisce e lavora in condizione d'autonomia col solo obbligo di fare avere all'imprenditore il risultato finale del suo lavoro. [...] Il contratto d'appalto, pur essendo una locazione di opere, si suole distinguere da quest'ultima perché presuppone la esistenza di una organizzazione a carattere di impresa la cui attività si svolga mediante l'impiego di lavoro subordinato altrui. Nella locazione di opere, invece, l'esecutore si avvale prevalentemente dell'opera propria o di quella dei membri della sua famiglia"* (sentenza del Commissario della Legge in data 2 gennaio 1959, *Giur. Samm.*, 1964,

fasc. 2, p. 167 s.). E' stata peraltro confermata la sottoposizione di entrambi i contratti alla medesima disciplina.

La *locatio conductio* è un contratto consensuale "che si reputa conchiusa da che fu convenuto della mercede" (J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XIX, tit. II, n. I. Cfr. *Inst. Lib. III*, tit. XXV; D. 19, 2, 2). La mercede, dunque "deve essere determinata da principio o dopo la prestazione, quando si rimette all'arbitrio di una data persona terza, non di una persona incerta, la determinazione della mercede [...] Se non che, la determinazione della mercede desumevasi talvolta in passato, e bene spesso la si desume anche nel presente, giusta il diritto romano, dalla legge o dalla consuetudine. Donde scrissero alcuni, che essendo stata fatta locazione di uso o di opere senza espressa menzione o determinazione della mercede, la locazione è non pertanto efficace - (*locationem nihilominus efficacem esse*) -, e, prestato venendo l'uso o le opere, si reputa tacitamente dedotta in convenzione quella mercede che suole per consuetudine essere promessa" (J. VOET, *op. loc. cit. n. VII*).

La manualistica moderna conferma tali assunti: "Il conduttore dell'opera (l'imprenditore o l'appaltatore) fu obbligato a compiere l'opera assunta nel modo e nel tempo prestabilito. Il locatore a pagarne, quando fosse finita, la pattuita mercede o quella mercede che fosse fissata dalla consuetudine o dalla legge" (E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1936, p. 321 s.). La giurisprudenza sammarinese accoglie tale opinione, allorché afferma che "la locazione di opera è il contratto per cui una delle parti si obbliga a fare, in favore dell'altra, una cosa determinata dietro compenso. L'incarico è, quindi, conferito nell'interesse esclusivo di chi lo concede e questo solo è tenuto a pagare il compenso nella misura o preventivamente concordata o stabilita dall'uso o dalle leggi in ragione del lavoro prestato, dal tempo perduto e delle spese sopportate" (*Sentenza del Commissario della Legge in data 31 agosto 1932, Giur. Samm., 1931-32, p. 86*).

Se dunque è vero che all'atto dell'instaurazione del rapporto non fu stabilita la mercede né il momento in cui questa avrebbe dovuto essere pagata, è dunque indubitabile che le parti ebbero chiaro che il rapporto sarebbe stato a titolo oneroso, come tra l'altro si evince dalle numerose fatture - prodotte in atti - di predisposizione di collegamenti telex effettuate ai richiedenti ed intestate alla società convenuta, e nelle quali il corrispettivo era indicato come "da contratto a parte".

A nulla rileva poi l'assenza di un contratto scritto. **E' pacifico che l'ordinamento sammarinese "non impone la forma scritta ai contratti, accetta l'impostazione già romana e teorizzata da Azzone secondo la quale la scrittura è *de substantia* solo quando le parti così abbiano deciso"** (sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni in data 3 aprile 1986, in *Giur. Samm.*, 1981-1990, p. 611).

E' bene ribadire che nel caso in esame il contratto in essere tra le parti è provato dalla documentazione in atti, tra cui spiccano le richieste della convenuta indirizzate alla attrice per l'attivazione di collegamenti, alle quali faceva seguito l'emissione di fattura indirizzata alla medesima convenuta.

In definitiva, risulta provato che l'attrice ha effettuato prestazioni in favore della convenuta che si inseriscono in un rapporto contrattuale non formalizzato per iscritto ma nascente dall'accordo delle parti manifestato sia verbalmente che per *facta concludentia*. Da ciò deriva che spetta alla società attrice il compenso per le prestazioni erogate, e cioè la *mercede*.

Ciò risulta tra l'altro confermato dal fatto che successivamente al subentro dell'Amministrazione delle Poste e Telecomunicazioni di San Marino alla società anonima S.S.T. nella gestione del servizio Telex, la società attrice ha fatturato le prestazioni erogate alla Direzione Generale Poste e Telecomunicazioni di San Marino, che ha provveduto al pagamento delle stesse.

4. Ciò premesso occorre procedere a stabilire la quantificazione del compenso dovuto dalla convenuta alla attrice, sulla scorta dei principi sopra richiamati per la determinazione della mercede quando questa non sia stata espressamente convenuta all'atto della conclusione del contratto.

La società attrice ha prodotto due fatture in data 7 ottobre 1989 e 7 dicembre 1989 per l'importo complessivo di L. 167.881.853=.

Gli importi indicati nelle stesse sono stati determinati - come è chiarito nella perizia di parte prodotta - "in analogia a quanto previsto per la reciproca cessione di mezzi trasmissivi tra il Ministero P.T. e la SIP [...] la SST ha usufruito di canoni "agevolati" pari a quelli fissati per l'Amministrazione italiana".

Dalla documentazione prodotta in atti si evince che a seguito di accordo tra l'Amministrazione P.T. italiana e quella della Repubblica di San Marino "con effetto dal 1° gennaio 1984 gli utenti della Repubblica medesima saranno allacciati da una centrale telex all'uopo costituita, pertanto il servizio in questione passerà in gestione diretta dell'Amministrazione P.T. di S. Marino" (lettera inviata alla Direzione SIP dall'Amministrazione delle Poste e Telecomunicazioni italiana in data 24 ottobre 1983). In conseguenza di ciò "la Repubblica di San Marino provvederà a richiedere alla SIP la cessione in uso dei circuiti urbani occorrenti per il collegamento degli utenti sammarinesi alla propria centrale telex, mentre l'Amministrazione P.T. italiana procederà alla retrocessione dei circuiti della stessa SIP, utilizzati per l'attuale collegamento alla sua rete telex dei medesimi utenti. [...] essendo ancora in corso di definizione i rapporti conseguenti alla nuova organizzazione del servizio telex nella Repubblica di San Marino, i criteri e le modalità di addebito delle prestazioni effettuate in proposito dalla nostra società formeranno oggetto di successive comunicazioni" (lettera in data 13 ottobre 1983 inviata dalla Direzione Generale SIP alla Gestione transitoria della 3° Zona. Dello stesso tenore la comunicazione della Gestione transitoria della 3° Zona in data 7 novembre 1983 alla Agenzia SIP di Rimini). Interveniva poi apposita convenzione stipulata tra la SIP e la Repubblica di San Marino in data 21 marzo 1987, l'art. 11 della quale, dopo aver precisato che la Sip "si obbliga a cedere in uso all'amministrazione sammarinese, costituendoli appositamente se necessario, circuiti, mezzi trasmissivi e apparecchiature varie, occorrenti per la costituzione delle reti e degli impianti di competenza dell'amministrazione sammarinese, in relazione ai servizi gestiti direttamente da questa o tramite altre concessionarie", chiarisce che "gli importi per canoni e spese dovuti dall'Amministrazione sammarinese sono pari a quelli stabiliti per cessione di circuiti e mezzi trasmissivi della società all'amministrazione italiana, salvo diversi accordi intervenuti tra le parti sulla base di valutazioni tecnico finanziarie".

La gestione del servizio telex è, come noto, stata data in concessione alla società convenuta S.S.T., la quale provvedeva a richiedere alla SIP l'attivazione dei collegamenti e la cessione dei circuiti. In conseguenza di ciò, con lettera in data 7 febbraio 1989 la Direzione Generale SIP, indicava che la situazione contabile per le prestazioni effettuate alla concessionaria sammarinese del servizio telex doveva essere regolata applicando "i canoni di reciprocità", nell'ammontare indicato nei documenti -

pure prodotti - che regolano il regime convenzionale tra il Ministero delle Poste e Telecomunicazioni italiano e la SIP.

Da quanto precede deve evincersi che la mercede richiesta con le prodotte fatture è correttamente determinata secondo le convenzioni internazionali in essere e conforme agli usi del settore.

Deve pertanto essere pronunciata la condanna della società convenuta al pagamento in favore della attrice della somma di L. 167.881.853=.

5. La parte attrice richiede, inoltre, la condanna della convenuta al pagamento degli interessi e dei danni da svalutazione monetaria.

Trattasi di interessi moratori, i quali rappresentano nelle obbligazioni pecuniarie i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 191). Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica *ex re*, secondo il brocardo "*dies interpellat pro nomine*"), negli altri casi, quando il creditore abbia inutilmente chiesto l'adempimento, di modo che essa decorre dalla "*interpellatio*" (cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI). Non risultando dagli atti la costituzione in mora, gli interessi al tasso legale del 7%, devono essere riconosciuti dalla data della citazione (17 gennaio 1991) al saldo.

Va inoltre riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo gli indici ISTAT, a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla parte convenuta che non ha tempestivamente provveduto al pagamento. Tale danno deriva alla attrice dall'accertato minore potere d'acquisto della moneta, ed essa è stata costretta a subirlo per non avere avuto la disponibilità della somma conseguente al pagamento. Tale accertamento è da ritenersi un fatto notorio, perché è conoscenza diffusa e comune, e pertanto, ai fini di causa, risulta ampiamente provato.

Deve infine essere confermato il sequestro sulle somme contenute nel conto corrente n. 3467/4 aperto presso la Cassa Rurale Depositi e Prestiti di Faetano.

6. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto vanno posti a carico della parte convenuta, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

## 117.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 11 maggio 1994.

Società Italiana Autori ed Editori – S.I.A.E. (Avv. G.L. Berti) : Gualandi Gastone, Forcellini Corrado, Francioni Daniele Marino (Avv.ti P. Reffi e R. Bonelli) – Causa n. 225, anno 1990.

**Diritto d'autore – Tutela penale e civilistica – Usurpazione di beni immateriali – Misfatto – Danno – Risarcimento – Determinazione.**

*Ferma restando la tutela penale del diritto d'autore, non esisteva nell'ordinamento sammarinese, prima della promulgazione della Legge 25 gennaio 1991, n. 8, una specifica e diretta tutela civilistica del diritto medesimo.*

*Pertanto la responsabilità per danno, cagionato dal misfatto di usurpazione di beni immateriali, trovava fondamento soltanto nell'esercizio dell'azione derivante da *damnum iniuria datum*.*

*Il danno patrimoniale, subito dalla parte attrice, come conseguenza diretta del comportamento dei convenuti, non può essere determinato con le sole prove fornite dal processo penale, in conseguenza della loro genericità e sommarietà.*

---

#### FATTO

(omissis)

#### DIRITTO

1) Indipendentemente dai fatti accertati in sede penale, per cui le riproduzioni sono state eseguite e commerciate dai convenuti, senza alcuna autorizzazione della attrice, richiamandosi implicitamente al principio per cui *onus probandi incumbit eius qui dicit*, i tre convenuti eccepiscono che l'attrice non ha dimostrato né la sua legittimazione attiva, per tutti o parte degli autori defraudati, né il fondamento legale della domanda, né il reale ammontare del danno.

2) Prescrive il primo comma dell'art. 42 della Convenzione di amicizia e buon vicinato, stipulata in Roma fra l'Italia e la Repubblica di San Marino il 31 marzo 1939, che "ciascuno dei due Stati si obbliga ad impedire, nel proprio territorio, qualsiasi abusiva riproduzione, pubblicazione, diffusione, rappresentazione o esecuzione delle opere d'ingegno, scientifiche, letterarie, artistiche e didattiche, protette in base alle norme vigenti nell'altro Stato". In applicazione di tale disposizione si deve ritenere, che ne é sicuramente seguita la tutela prevista dell'art. 202 del vigente Codice Penale, circa il misfatto di usurpazione di beni immateriali. In ragione di tale tutela, nei confronti dei tre convenuti, sono stati celebrati i richiamati processi penali, cui è seguita condanna.

Il secondo comma dello stesso art. 42, al primo capoverso, stabilisce poi che "il Governo della Repubblica di San Marino consentirà, a tal fine, alla Società Italiana Autori ed Editori la facoltà, di concedere i permessi per l'utilizzazione, nel territorio della Repubblica, delle opere affidate alla tutela della Società predetta da parte dei suoi iscritti, nonché di determinare e di esigerne i proventi".

Si deve ritenere pertanto che l'attrice, in conseguenza del primo capoverso della suddetta norma, è titolare delle facoltà di concedere permessi per l'utilizzazione e di determinare ed esigere i proventi in favore "dei suoi iscritti".

Trattandosi però di una domanda di risarcimento del danno, derivata da una illecita attività di "riproduzione abusiva di brani musicali", i convenuti contestano alla attrice di non poter vantare "il monopolio di incasso" dei proventi di tutti gli autori indistintamente, ma limitatamente ai soli suoi iscritti, oppure rispetto a quelli per i quali, in base al suo statuto (cfr. art.li 2, 4, 7, approvato con D.P.R. del 20 ottobre 1962, n. 1842), l'attrice può vantare un sicuro mandato. Si deve poi escludere, che alla attrice possano derivare anche i proventi per brani popolari, o in ragione di tutti quelli dei quali

si è prescritto il relativo diritto.

Dunque l'attrice é attivamente legittimata a stare in giudizio soltanto per il risarcimento del danno derivante dalla illecita attività di "riproduzione abusiva di brani musicali", relativa ai suoi iscritti o degli autori di cui è mandataria.

**Mentre le sentenze penali di condanna tutelano genericamente i beni immateriali, consentendo di reprimere la "riproduzione abusiva di brani musicali", cui segue l'esercizio della azione penale, ben diverso è il risarcimento del danno che deve essere richiesto a mezzo di azione da colui, o da coloro, che ha o hanno subito l'iniuria, dovendosi fin da ora affermare che la domanda deve ricondursi ad un caso di responsabilità derivante da *damnum iniuriae datum*.**

Si deve certamente presumere che siano iscritti alla Siae gran parte degli autori più in voga, ma la distinzione sollevata dai convenuti non può, né deve essere sottovaluta. L'eccezione dunque non può ritenersi totalmente infondata, perchè l'attrice non è riuscita a dimostrare di rappresentare indiscriminatamente la totalità degli autori, per i quali in sede penale è stata riconosciuta la usurpazione dei beni immateriali. E la circostanza è da ritenersi rilevante ai fini non solo dell'accertamento della responsabilità civile, ma anche nella determinazione della misura del risarcimento del danno.

3) L'art. 42 all'ultimo capoverso prevede che "per l'esercizio della facoltà suindicata", cioè per concedere permessi per l'utilizzazione e per determinare ed esigere i proventi in favore degli iscritti, "la Società nominerà, previo gradimento del Governo della Repubblica, un proprio rappresentante in San Marino".

L'attrice non ha mai dato seguito ad una tale disposizione: il rappresentante esiste, ma ha dichiarato in atti di non avere "il mandato" e di non essere "autorizzata ad incassare questo tipo di diritto, e cioè il diritto di riproduzione meccanica".

In altre parole ciò significa che l'attrice, a termini di convenzione, ha nominato il suo rappresentante, ma non lo ha mai fornito dei necessari poteri per poter esercitare la facoltà di concedere permessi per l'utilizzazione e la facoltà di determinare ed esigere i proventi in favore "dei suoi iscritti", riconosciuta dall'art. 42, secondo comma, primo capoverso, della stessa convenzione.

Da una tale situazione, formalmente eccepita dai convenuti, ne discende che, in materia di controllo e di riscossione dei proventi, la convenzione non ha avuto nessuna attuazione, per atti che devono ricondursi soltanto alla volontà della stessa attrice, che ha ommesso, come risulta dagli atti, di conferire un mandato in tal senso al suo rappresentante in Repubblica.

**Concludendo, ferma restando la tutela penale del diritto di autore, che l'Ordinamento Sammarinese, in attuazione della Convenzione, ha posto in essere ed ha regolarmente applicato, non è possibile far riferimento alla stessa convenzione per fondare una più efficace tutela civilistica, quando la stessa attrice si è preclusa, volontariamente e unilateralmente, ogni possibilità di fatto d'esercizio delle facoltà ivi riconosciute. Anzi una tale disciplina, proprio perchè trova la sua fonte diretta in una norma, che nell'ordinamento sammarinese è di diritto positivo, quale è la convenzione, non consente di ricorrere a criteri sussidiari e applicare principi derivanti dallo *ius commune*, che peraltro in materia, come è altrimenti noto, per evidenti ragioni storiche, è da considerarsi del tutto carente.**

4) Rilevano formalmente i procuratori dei convenuti che è solo in forza della Legge 25 gennaio 1991, n. 8, che, nell'ordinamento sammarinese, ha avuto inizio la tutela civilistica del diritto di autore.



Allegano in proposito l'art. 119 di tale legge, sulla "tutela del diritto d'autore", ove è stato prescritto che "le opere divulgate anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge sono protette a partire da tale data e per la durata prevista dalle disposizioni del Capo III° del precedente titolo II°, computata a partire dall'originaria data di divulgazione a tali opere si applicano le disposizioni del capo II° del presente titolo" e cioè per tutta la vita dell'autore e per un periodo di "cinquanta anni a partire dalla data della fine dell'anno civile in cui è avvenuta la morte dell'autore".

Allegano ancora, e sempre a riprova delle loro eccezioni, anche il primo comma del successivo art. 120, ove è previsto che "é ammesso, per un periodo di duecentocinquanta giorni a partire dall'entrata in vigore della presente legge, lo smercio, anche se non autorizzato dal titolare del diritto d'autore o dai suoi aventi causa, di oggetti materiali delle opere contemplate al precedente articolo purché tali oggetti siano stati realizzati o, qualora realizzati all'estero, importati nel territorio della Repubblica anteriormente alla entrata in vigore della presente legge".

Si potrebbe obiettare che la Legge 25 gennaio 1991, n. 8, rispetto al misfatto di usurpazione di beni immateriali, posto in essere dai convenuti, e alle conseguenze civilistiche del medesimo misfatto, è ius superveniens. Ma una tale obiezione viene superata dalla circostanza che l'art. 120 è disciplina transitoria, che prevede proprio le situazioni giuridiche intermedie tra il vecchio regime e il nuovo.

Da una tale disciplina transitoria della tutela del diritto di autore, ne discende in primo luogo che neppure in via transitoria sono state introdotte innovazioni in materia. Ma ne discende anche che, **al di fuori della disciplina dell'esercizio delle facoltà riconosciute dalla convenzione al rappresentante nominato dalla attrice in Repubblica, prima che venisse promulgata la Legge 25 gennaio 1991, n. 8, non esisteva nell'Ordinamento Sammarinese una specifica e diretta tutela civilistica del diritto d'autore.** Così almeno risulta anche dalla Relazione del progetto di Legge, pronunciata dell'allora Segretario di Stato alle Finanze, che ha addirittura stigmatizzato in materia una "situazione di vuoto legislativo" e di "incertezza, che non può più essere mantenuta".

Va dunque precisato che fermi restando gli aspetti transitori e il loro significato normativo, nonché gli effetti che producono sul piano patrimoniale, l'eccezione, che la nuova disciplina derivante dalla Legge 25 gennaio 1991, n. 8, non può certamente essere retroattiva, rispetto ai fatti per i quali i convenuti sono chiamati a rispondere per responsabilità, non merita neppure un esame, tanto sono evidenti le ragioni per cui deve essere accolta.

5) Pertanto, a seguito della sentenza penale di condanna per usurpazione di beni immateriali, **la responsabilità per danno, quale è stata richiesta dalla attrice, per essere riconosciuta, potrebbe trovare fondamento soltanto in una normale azione di responsabilità extracontrattuale o meglio nell'esercizio di una normale azione derivante da *damnum iniuria datum*.** Ed é solo a questa, che si può risalire per valutare una qualche responsabilità civile dei tre convenuti, in conseguenza della condanna per il misfatto di usurpazione di beni immateriali: anzi da questo punto di vista la sentenza penale costituisce titolo per la liquidazione del danno morale.

Il misfatto di usurpazione di beni immateriali, del quale i convenuti sono stati ritenuti colpevoli in sede penale, può semmai costituire l'iniuria, intesa come fonte di una obligatio ex delicto, fatta valere solamente nei suoi aspetti di responsabilità extracontrattuale.

Così nelle categorie elaborate dalla dottrina del diritto comune, la fattispecie si può anche inquadrare in quella *damnificatio lucrosa* che è il “*damnum datum in rebus externis cum iniqua earum usurpatione, ut fit in furto, rapina, aliisque iniquis usurpationibus, in quibus fur, vel iniquus invasor rem alienam invadit, et lucrum capturus in suum usum convertit*” - “danno dato nelle cose esterne con un iniquo abuso di quelle, come accade nel furto, nella rapina, e negli altri iniqui abusi, nelle quali il ladro o l’iniquo invasore invade la cosa altrui, e colui che ha guadagnato converte il lucro in sua utilità” (cfr. L. Ferraris, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica, Tomus secundus*, ed. Venetiis 1777, p. 502, nu. 1).

Ma il contrasto del regime in vigore derivante dallo *ius commune*, con una norma di *ius proprium*, è più che evidente, se solo si richiama la già allegata disposizione di cui all’art. 120 della Legge 25 gennaio 1991, n. 8, quando dispone, anche in via transitoria, che “é ammesso [...] lo smercio, anche se non autorizzato dal titolare del diritto d’autore o dai suoi aventi causa, di oggetti materiali delle opere contemplate al precedente articolo”. Anzi il fatto che alla disposizione sia stato dato valore soltanto transitorio, lascia intendere quale è il precedente regime, che sicuramente ha una efficace tutela sul piano penale, quale è quella esaminata, ma non aveva ancora individuata una precisa disciplina sul piano civilistico.

**Legittimando in via transitoria lo smercio di beni non autorizzati, la disposizione dell’art. 120 mette in luce soprattutto quale sia il contenuto della iniuria, proprio quando è intesa come iniqua usurpatio di beni altrui. Così è penalmente antigiuridico il comportamento di colui che pone in essere una iniqua usurpatio, riproducendo meccanicamente beni immateriali senza autorizzazione, tanto che ne sono seguite conseguenze penali. Ma sul piano civile l’art. 120, autorizzando lo smercio, dispone la liceità di quel comportamento nel quale *lucrum capturus convertit in suum usum*. Il regime positivo, che nel caso è anche regime vigente, non consente di far discendere da una tale iniuria, quelle conseguenze che giustificano il contenuto patrimoniale dell’azione di *damnum iniuria datum*.**

**Resta fermo invece il danno morale, derivato dal comportamento antigiuridico posto in essere dai convenuti, e che invece é espressamente previsto per un titolo autonomo. La sua fonte è l’art. 1 del vigente Codice di Procedura Penale, quando prescrive che da ogni reato “ne deriva anche un’azione civile quando il reato apporta un danno fisico o morale al soggetto passivo del reato stesso, e questa azione civile può esercitarsi da tutti quelli, i quali hanno interesse che il danno sia risarcito”. Il danno morale infatti è una conseguenza diretta e autonoma del reato e per tale è stato preso in considerazione dal Giudice penale, in primo e secondo grado, accordando la provvigionale.**

In realtà in grado d’appello la responsabilità solidale dei convenuti Gualandi, Forcellini e Francioni, rispetto alla provvigionale è stata addirittura determinata nella sua misura di ripartizione, esprimendo un giudizio, che per essere di sostanza, può essere soltanto d’equità e che non può più essere riformato in nessun modo in questa sede civile.

5) Resta infine da esaminare l’eccezione per cui la domanda non è stata “provata per quanto attiene alla sussistenza e all’entità dei danni lamentati” o anche la “sostanziale carenza della pretesa attrice” per quanto “riguarda la documentazione del danno che avrebbero risentito gli autori ed esecutori rappresentati ovvero la medesima società”.

Circa la sola sussistenza del danno, limitatamente ad alcuni aspetti non secondari, da parte della attrice la prova è stata offerta dai fatti accertati in sede penale: è semmai sulla

prova dell'entità, della misura per ottenere la rifazione dei danni lamentati, che l'eccezione trova fondamento.

Ai fini penali esistono alcune ammissioni dei convenuti, che sono state assunte dalla attrice come prove essenziali per stabilire la misura del risarcimento, o meglio l'operazione di conto, che dovrebbe portare alla rifazione dei danni.

Anche ammettendo che tali ammissioni abbiano il valore probatorio di una confessione, si deve notare che riguardano, sempre per approssimazione, solamente la produzione effettuata da parte di un convenuto.

Quindi, sempre ammettendo che trattasi di confessione, secondo quanto insegna la giurisprudenza, la dichiarazione sarebbe da ritenersi qualificata e comunque inscindibile. La dichiarazione andrebbe considerata anche nella sua imprecisione, perchè su tale aspetto si è esercitata l'eccezione dei convenuti, non sufficientemente contraddetta dalla attrice. L'ammissione, come confessione, "deve accettarsi così com'è stata fatta e non è possibile prendere come provata la parte che fa comodo e lasciare come non provata la parte che torna a danno" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 14 agosto 1922 nella causa n. 57 dell'anno 1921, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1923, p. 7; sentenza del Commissario della Legge 16 giugno 1928, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1928, pp. 13 e 14).

Inoltre, rispetto agli atti del processo civile, sarebbe da ritenere in ogni caso come confessione extragiudiziale, che non costituisce piena prova, dato che solo "la confessione stragiudiziale facta parte presente secondo l'opinione dei dottori di diritto comune plene probat" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 4 febbraio 1924 nella causa n. 167 dell'anno 1923, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1924, p. 35, riportata ad unguem in T.C. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, R.S.M., 1967, p. 60).

Così è stato richiamato come prova anche l'accertamento dell'Ufficio Tributario del 10 novembre 1983, che "ha determinato la capacità produttiva" di un convenuto, e la relazione del 10 marzo 1983 della Polizia Civile, che ammette candidamente che "non è stato possibile appurare quale quota della nostra produzione venga esportata". Sono però accertamenti probatori molto generici, del tutto empirici, validissimi in sede penale, ma che per avere la natura di giudizi, non si attengono né si ispirano a criteri scientifici. Da questi accertamenti non è possibile stabilire la reale e concreta misura dei danni, misura che invece poteva anche essere già stabilita in sede penale, dove l'attrice si è costituita parte civile.

Se si vuole conseguire una condanna alla rifazione dei danni, si devono comunque offrire strumenti probatori idonei sul piano civilistico, che non siano né giudizi, né mere affermazioni - "l'attività svolta [...] aveva prodotto danni ingenti alla parte attrice, i quali ammontavano indicativamente all'importo complessivo sopra determinato" - che hanno tutti i limiti della semplice valutazione a campione. Tale valutazione non è idonea come prova per stabilire la misura della rifazione dei danni in sede civile.

**L'eccezione sommarietà degli accertamenti svolti in sede penale, certamente più che sufficiente ai fini di una condanna dei convenuti per i misfatti contestati, non è invece idonea per determinare l'ammontare, cioè la misura dell'obligatio ex delicto, del danno economico, o meglio patrimoniale, che, se si escludono le eccezioni già esaminate, ne sarebbe concretamente derivato alla attrice.**

La quantità di nastri prodotta, e poi distribuita, non è stata accertata al di là del semplice richiamo delle menzionate prove. Né la parte attrice ha avanzato in sede civile richieste

istruttorie che potevano portare ad un sicuro accertamento del danno, derivato dalla mancata produzione di nastri, da parte di chi ne era legittimato a tutti gli effetti, come diretta conseguenza dell'illiceità attività dei convenuti.

Secondo le pretese della attrice, per ottenere una condanna alla rifazione dei danni, dovrebbe invece tranquillamente accogliersi l'assioma, per cui l'ammontare del danno subito dalla attrice, deve ritenersi "pari al prodotto dei diritti di ciascun nastro per il numero dei nastri commerciati", o meglio che si devono presumere commerciati.

Un tale criterio, soltanto deduttivo, in una azione che, se non fossero fondate le altre eccezioni, si configura solo come mera responsabilità extracontrattuale, non costituisce una prova certa ai fini della misura da liquidarsi nella rifazione dei danni. Pertanto non può essere accolto, proprio per le eccezioni di sommarietà, sollevate dai convenuti.

Ai fini della determinazione del danno emergente, inteso come una oggettiva diminuzione del patrimonio della attrice o dei suoi singoli associati o mandanti, i calcoli effettuati in sede penale sono tutti per sola approssimazione. In sede civile non serve determinare per numeri la "capacità produttiva di uno dei convenuti", come ha fatto l'Ufficio Tributario, né "la potenzialità delle attrezzature" dei convenuti, ma semmai accertare con precisione il numero delle cassette acquistate per essere incise. Sempre per la determinazione della misura del danno, è invece di modesto pregio probatorio il numero delle cassette rinvenute in giacenza presso un convenuto.

Ai fini della determinazione del solo lucro cessante subito dalla attrice, inteso come esclusione di un elemento patrimoniale, che si sarebbe verificato in mancanza del fatto dannoso, si fa invece osservare, che il mercato dei nastri contraffatti non coincide con il mercato delle riproduzioni autorizzate. E' provato in atti che lo scarto di prezzo, tra i nastri abusivamente registrati e quelli regolarmente distribuiti, è notevole, come ha affermato una testimone qualificata, quale è la rappresentante della attrice in San Marino. In altre parole non è affatto accertato che chi acquista al mercato non autorizzato, acquisterebbe anche su quello autorizzato. In proposito doveva essere data una prova più precisa della avvenuta diffusione e dei criteri che governano quel particolare mercato: "*unde probatio haec incerta et obscura non relevat, adeo quod iudex aliquo modo ex ea se fundare non potest*" - "onde questa prova incerta e oscura non conforta, tanto che il giudice non può in alcun modo fondarsi su quella" (cfr. A. Tartagni, *Consiliorum seu responsorum liber septimus*, ed. Venetiis 1610, Cons. 85, f. 62 vb, nu. 1).

In conclusione in questa fase di giudizio civile, se le altre precedenti eccezioni non trovassero fondamento, si sarebbe comunque dovuto determinare il danno patrimoniale subito dalla attrice, come conseguenza diretta del comportamento dei convenuti. Esso però si determina nei concreti valori del danno emergente e del lucro cessante, che, con le sole prove fornite dal giudizio penale, non è possibile accertare in conseguenza della loro genericità e sommarietà. A questo proposito si può allegare la massima, acquisita dalla dottrina del diritto comune, ma derivate dal frammento a D.12.1.6, ove è detto che "*certum ac clarum illud dicitur, quod redditur certum per relationem ad aliud*" - "è certo e chiaro, ciò che si rende certo per relazione ad altra cosa certa" (cfr. J. Menochius, *De praesumptionibus, coniecturis, signis, et indicis commentaria*, ed. Venetiis 1597, p. 311 a, nu. 14).

Tale situazione probatoria, sempre non considerando le fondate eccezioni, non consente neppure di stabilire in via equitativa quel danno morale, che invece discenderebbe dall'applicazione dell'art. 1 del Codice di Procedura Penale.

L'equità nella sua contrapposizione agli schematismi delle norme, si dovrebbe adeguare alle particolarità del caso concreto, che al contrario è del tutto privo di riferimenti precisi.

Nella sua natura solidale tra i tre convenuti il danno morale è stato già determinato dal Giudice di Appello penale, ma soprattutto ne è stata stabilita la sua ripartizione proporzionale tra i convenuti. La parte lasciata alle possibili valutazioni da effettuarsi in sede civile, é ormai soltanto residuale. Ma la carenza degli stessi elementi di prova, che sarebbero stati rilevanti in sede patrimoniale, rifluisce come elemento negativo, perchè prove più certe sarebbe state essenziali proprio per questa residua valutazione equitativa del danno morale.

6) Si ritiene infine che nel caso in questione le spese ed onorari del presente giudizio devono essere parzialmente compensati tra le parti in causa in ragione dei due terzi, in attuazione del § 273 della Rub. XXXII del Libro II delle Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini, laddove dispone “nisi tamen ipse victus legitimam litigandi causam habuerit” - “se però esso vinto non abbia avuto una legittima causa di litigare”.

Ma per il restante terzo le spese del presente giudizio devono seguire il principio della soccombenza e sono a carico dell'attrice e saranno liquidate, more solito, con successivo e separato decreto, dopo l'esibizione della nota analitica delle spese e degli onorari da parte dei procuratori dei convenuti (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell'anno 1923, in Giurisprudenza Sammarinese, 1927, p. 9).

Per quanto riguarda la richiesta della attrice di ottenere “il rimborso delle spese ed onorari di causa anche per quanto disposto coi giudicati penali”, le sentenze del Magistrato di Appello portano già la condanna degli appellanti al pagamento delle spese di parte civile, che devono pertanto essere ritenute esecutive nelle cifre ivi liquidate. Per le spese del giudizio di primo grado potranno essere liquidate, con separato decreto, nella stessa quantità di quelle liquidate nel successivo giudizio, e sempre poste solidalmente a carico degli appellanti, oggi convenuti.

## 118.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 23 maggio 1994.

Maiani Augusto (Avv. G.L. Berti) : Pula Rina (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 237, anno 1989.

### **Comunione – Divisione – Aggiudicazione dei beni.**

*I beni comuni, difficilmente divisibili, vengono aggiudicati al maggior offerente.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 12 dicembre 1989 il signor Maiani Augusto ha convenuto avanti a questo Tribunale la signora Pula Rina per sentirla “dichiarare in via principale a)

la indivisibilità della casa di cui trattasi e quindi il diritto di essa convenuta a vedersi liquidata del giusto valore della parte posseduta dedotto ogni partecipazione dovuta alle spese per miglioramenti; b) in subordine, semmai incredibilmente riconosciuta la possibilità di divisione, dichiararsi, ritenuti i rapporti e le situazioni di contrasto e la mancanza di interesse, la pretesa avanzata dalla convenuta come atto emulativo inaccettabile e quindi disporsi la liquidazione del valore della parte posseduta”.

Esponeva l'attore di essere intestatario, unitamente alla convenuta, di una modesta e vetusta casa in San Giovanni sotto le Penne; che tra loro coniugi, era intervenuto “per iniziativa della convenuta, il divorzio presso la giurisdizione francese e di questo è conseguita poi omologazione della giurisdizione sammarinese; che la signora Pula intende ora ottenere la disponibilità del piano terra nonché del garage di detto immobile; che lo stesso consta di due vani di complessivi mq. 25 al piano terra (cucina e soggiorno) di mq. 25 al piano primo (due camerette e gabinetto doccia) e di un garage (capanno esterno) di mq. 15 e come vedesi; che la mancanza di agiamento rende impossibile ogni ipotesi di ampliamento”. Lamentava poi l'attore che “dell'acquisto avvenuto nel 1974 fino ad oggi la convenuta mai si è interessata della casa, che l'attore, invece, abita frequentemente fin dal 1982, anno dell'avvenuto divorzio; che per essere decentemente abitabile la casa, l'attore ha provveduto a sue spese a notevoli riparazioni del tetto, della canalizzazione delle acque, dell'impianto elettrico, degli infissi e così ha evitato il disfacimento del piccolo immobile; che non risultando affatto divisibile la casa e tanto più il garage” esso attore era disponibile a liquidare la convenuta sulla base di equa perizia da disporsi dal Tribunale, affermando altresì che, “considerando per un insieme di circostanze di vita e di affetto la casa come punto di riferimento anche in futuro in San Marino”, si vedeva costretto a “respingere la richiesta della convenuta che non avendo mai avuto interesse verso di essa oggi si dispone ad una rivendicazione del tutto emulativa per solo volere di nuocere”.

All'udienza fissata per la seconda citazione si costituiva la convenuta, a mezzo procuratore, il quale faceva presente che la sua assistita accettava “la richiesta divisione nei seguenti termini: - attribuzione ad essa convenuta di parte dell'immobile in proporzione alla quota posseduta; - in caso di accertata e definita indivisibilità dell'immobile, la convenuta conserva il diritto di liquidare la controparte del valore corrispondente alla quote di proprietà di questa”.

Nel corso dei rituali termini di prova veniva ammessa la perizia giudiziaria, al fine di accertare la divisibilità dell'immobile di cui è causa, nominando perito il geom. Marino Novembrini.

Il nominato perito accertava che “l'immobile in oggetto non avendo i requisiti di legge non può essere trasformato in due unità immobiliari indipendenti una dall'altra, sia per mancanza di servizi igienici, sia per le altezze interne irregolari. [...]”. Proponeva di procedere “a liquidare in danaro una delle parti. In base alle condizioni e a valori di mercato nel nostro territorio, fabbricati simili vengono valutati nella seguente maniera: [...] valore di mercato presunto tenuto conto del degrado: L. 40.800.000=. Il sottoscritto propone la liquidazione di 1/2 - che una parte verserà all'altra - per un importo di Lire 20.400.000=”.

Venivano poi ammessi testi, escussi all'udienza del 3 giugno 1993.

In data 24 settembre 1992 l'avv. Giordano Bruno Reffi rinunciava al mandato e veniva sostituito, in data 18 marzo 1993 dall'avv. Gian Luigi Berti.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All'udienza del 5 maggio 1994 si addiveniva alla irrotulazione, dopo di che il presente fascicolo era trattenuto per la decisione.

La procura attrice ha concluso chiedendo volersi: "dichiarare la indivisibilità dell'immobile de quo, disporre l'assegnazione al signor Maiani Augusto, con liquidazione di 1/2 (un mezzo) a favore della signora Pula Rina, dell'importo di L. 20.400.000, rivalutata alla data dell'effettivo soddisfo. Con condanna della parte convenuta al pagamento delle spese e degli onorari di causa, da liquidarsi come segue: [...] totale L. 3.195.000=".

La procura convenuta ha, invece, concluso: "ritenuto che l'azione svolta dal Maiani è legittima, nel senso che il comproprietario di un immobile può richiedere la divisione; ritenuto che il perito giudiziale ha rilevato e concluso che l'immobile in sostanza non è concretamente divisibile, per cui ne ha stabilito il valore ai fini della liquidazione del socio; si chiede attribuire l'immobile al migliore offerente, stabilendo i termini di svolgimento della licitazione, ovvero attribuirlo alla parte che intende acquisirlo con corresponsione del prezzo di stima all'altra parte. Con la decisione sulle spese che sarà di ragione".

## DIRITTO

1. Con la presente causa l'attore esperisce l'azione diretta alla divisione dell'immobile sito a San Giovanni sotto le Penne di cui è comproprietario unitamente alla convenuta.

*In sostanza l'attore esperisce l'actio communi dividundo "con la quale chi ha in comune una cosa a titolo particolare, domanda che venga divisa e sieno corrisposte le prestazioni personali. [...] Domandasi con questa azione che venga fatta divisione delle cose per causa onesta comuni [...]. Se le cose non possono comodamente dividersi in questo, del pari che negli altri giudizi divisori qui addietro esposti, si definisce l'affare per aggiudicazione [...]. Solo avvertiamo, esser uopo che il giudice nel divider le cose stiasi a quello che torna di vantaggio a tutti o che è preferito dai litiganti" (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. X, tit. III, n. 1 e 3). Relativamente alle modalità della licitazione l'Autore richiama quanto statuito in sede di commento all'actio familiae erciscundae (Lib. X, tit. II, n. 2): "che se le cose ereditarie non ammettono una comoda divisione, od almeno sarebbe per ridonar danno da essa divisione [...] si sbrigherà la faccenda tra essi coeredi mediante licitazione, sicché debba la cosa essere tutta intera rilasciata a colui che offerse il prezzo maggiore nella gara; tanto se non vi fu precedente stima di un pubblico estimatore giurato, quanto se la stima fu fatta e parecchi domandano che sia la cosa loro aggiudicata al prezzo così formato; ammettendo anche talvolta alla licitazione compratori estranei, se uno degli eredi si dichiara insufficiente a offrire i prezzi giusti, od a vincere in gara i coeredi offerenti meno: eziandio se per avventura lo statuto recasse poter l'uno dei consorti offrire all'altro che scelga se vuole piuttosto tenersi siccome comperata la cosa stimata per un dato prezzo, o pure cederla all'offerente".*

*La giurisprudenza sammarinese ha affermato che "nel caso in cui non sia possibile raggiungere l'accordo tra i comproprietari occorre (ove non si tratti di particolare controversia che possa essere risolta dall'autorità giudiziaria) dar seguito alla divisione e cioè all'actio communi dividundo. Tale azione (come risulta dai titoli delle Pandette e del Codice <<familiae erciscundae>> e <<communi dividundo>> ha due fini (i quali*

*sono egualmente i due modi di dividere) la divisione in natura e la licitatio (vendita al pubblico incanto). Come si deduce dalle leg. 1 e 3 Cod. comm. divid. (Lib. III, Tit. XXXVII) ogni comproprietario può chiedere la divisione della cosa comune. Se tale divisione non può farsi comodamente senza grave diminuzione delle singole quote [...] allora si deve procedere alla vendita (licitatio) e, quindi, alla divisione della somma ricavata" (Sentenza del Commissario della Legge in data 21 gennaio 1967, in Giur. Samm., 1964-69, p. 348 ss.).*

2. Nella specie è stata disposta la perizia giudiziaria, le risultanze della quale devono essere fatte proprie da questo giudicante, conformemente al più recente orientamento della giurisprudenza sammarinese, secondo il quale, sulla scorta della dottrina del diritto comune, il giudice non ha potere di valutazione sul merito della perizia in quanto tale: **“la nomina del giudice non è l'ordine ad una collaborazione, ma la delega d'un giudizio e perciò tale nomina non può ovviamente mancare, ma è la fonte del potere del perito. [...] Il giudicante non può che accogliere integralmente e fare proprio il giudizio del perito giudiziario, perché trattasi di giudizio tecnico incidente sul giudizio giuridico sul quale ha influenza decisiva”** (Decisione di Terza Istanza emessa dal Consiglio dei XII nella causa civile n. 382 dell'anno 1977, in data 8 novembre 1988, su conforme parere del consulente prof. Victor Crescenzi. Si veda anche la Sentenza del Commissario della Legge in data 11 marzo 1991 nella causa civile n. 43 dell'anno 1986). Un tale orientamento si sovrappone, superandolo, all'insegnamento tradizionale, secondo cui la perizia giudiziaria aveva l'efficacia probatoria di un ordinario mezzo di prova, onde era sempre possibile alle parti confutare i risultati della perizia, fornendo la prova contraria (si veda, per tutte, la sentenza del Commissario della Legge in data 20 luglio 1932, in *Giur. Samm.*, 1931-32, p. 72).

Il perito d'ufficio ha accertato l'indivisibilità dell'immobile di cui è causa.

Esiste peraltro difformità di vedute tra i comproprietari riguardo alle modalità per attuare la divisione, e cioè mentre l'attore richiede l'assegnazione a sé dell'immobile con liquidazione di 1/2 a favore della convenuta, nell'importo di 20.400.000=, risultante dalla perizia, rivalutato alla data dell'effettivo soddisfo, la convenuta richiede l'aggiudicazione al miglior offerente ovvero l'attribuzione dello stesso alla parte che intende acquisirlo con versamento del prezzo di stima all'altra parte.

Sulla scorta dei richiamati principi, anche considerando che nonostante le diverse offerte avanzate dall'attore, non è dato effettivamente conoscere la reale volontà della convenuta, si rende necessario disporre la licitazione tra i due comproprietari.

Con decreto che sarà emesso su istanza della parte più diligente dopo il passaggio in giudicato della presente sentenza, verranno stabilite le modalità della licitazione, che avverrà tra i due comproprietari al prezzo base d'asta risultante dalla perizia. L'aggiudicazione avverrà al migliore offerente, il quale dovrà versare all'altro la metà del prezzo offerto ed accettato.

3. Il presente giudizio non ha natura contenziosa, esercitando entrambe le parti il diritto di ottenere la divisione della cosa comune. Si ritiene, di conseguenza, che le spese e gli onorari del presente giudizio debbano essere interamente compensate, in applicazione del principio per cui “non si dà condanna alle spese quando il giudizio non sia veramente contenzioso, e la sentenza interessi tutti i contendenti, come se, ad esempio, si trattasse di un giudizio di divisione” (T.C. GIANNINI, *Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese*, San Marino, 1967, p. 87).



## 119.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 28 giugno 1994.

Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese – C.O.N.S. (Avv.ti L. Daniele e M. Nicolini) : S.p.a. Navale Assicurazione (Avv. A. Selva) – Cause riunite n. 39, anno 1991 e n. 14, anno 1992.

**Assicurazione – Contratto – Dichiarazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave dell'assicurato – Annullamento – Perizia contrattuale – Disciplina.**

*Le dichiarazioni inesatte e le reticenze dell'assicurato, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso, o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto, quando il contraente ha agito con dolo o colpa grave.*

*Pertanto, pur non avendo l'assicuratore alcun onere di accertare la veridicità delle dichiarazioni dell'assicurato, è escluso l'annullamento del contratto, se il primo, al momento della stipulazione, ha avuto modo di valutare il rischio nella sua effettività.*

*Nella sistematica del diritto comune la perizia contrattuale è da collocarsi nella disciplina che deriva dagli arbitratore.*

---

FATTO

Con istanza del 14 febbraio 1991 l'attore, Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese (C.O.N.S.), ha chiamato in giudizio la convenuta, s.p.a. Navale Assicurazione, per sentirla “condannare al pagamento verso ed in favore del Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese [...] del danno subito dallo stesso Comitato [...], danno che verrà quantificato con apposita perizia a termine di polizza, oltre ad una somma per il minore potere di acquisto della lira dal dì del fatto al giorno del pagamento, oltre agli interessi legali al 7% oltre alle spese e competenze”.

Si assume infatti, da parte del procuratore nell'interesse del Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, che alle ore 16 del giorno 28 settembre 1989, un incendio ha distrutto completamente la “struttura geodetica, palestra indoor per atletica leggera, situata all'interno del Centro Sportivo di Serravalle, con tutta l'attrezzatura che si trovava all'interno”, regolarmente assicurata con la convenuta per i rischi da incendio, esplosione o scoppio con polizza n. 4015955, emessa dall'Agenzia di San Marino della stessa convenuta società assicuratrice, e nella quale, alla partita 14, sono così descritte le cose assicurate “Serravalle, Via Rancaglia, campo sportivo, palestra e circolo tennis, per £.3.000.000.000=”.

Lamenta l'attore che, dopo la denuncia del danno, la convenuta ha eccepito come “la struttura danneggiata non” fosse “compresa esplicitamente nella garanzia assicurativa”, perché, se coperta da assicurazione, a cagione della sua struttura in vetroresina, avrebbe comportato “un premio ben più alto, che quello pagato per la polizza in oggetto”.

Autorizzata la citazione, poi regolarmente riprodotta, si è costituita la convenuta, che ha

opposto le eccezioni *generalia contra* ed ha chiesto il termine statutario. Ma con successiva comparsa del 20 giugno 1991, la convenuta ha poi formalmente eccepito, che la costruzione interessata dal sinistro - struttura in vetroresina - non sarebbe stata assicurata, perché è "sovrastuttura" non "assimilabile al tipo di costruzione edile", quale è quella prevista dal punto 4 delle definizioni di polizza. Inoltre la rispondenza del rischio, assunto dalla convenuta con la partita 14 della polizza, non avrebbe individuato la struttura in vetroresina, ma soltanto "i seguenti impianti sportivi: campo sportivo; palestra (coperta dalle tribune, per effettuare esercizi atletici e ginnici); circolo tennis". Infine non sarebbe stata individuata la corrispondenza al rischio neppure attraverso gli elementi forniti dall'attore, né attraverso le constatazioni della convenuta sui fabbricati assicurati, accertati dalla sua Agenzia in San Marino. Dichiarò poi che, con clausola non ben individuata nella polizza, tra le parti è stata esclusa "qualsivoglia garanzia contrattuale per capannoni pressostatici o simili", come sarebbe da ritenere la struttura in vetroresina.

In pendenza del termine di prova e con istanza del 17 ottobre 1991, negli atti della presente causa, il procuratore della convenuta ha richiesto, in maniera del tutto irrituale, ma certamente nell'interesse della convenuta e a norma dell'art. 18 delle condizioni generali di polizza - procedura per la valutazione del danno - la nomina del terzo perito, constatato "il disaccordo manifesto sui nominativi, comunicati dalla Navale Assicurazione tramite il suo perito". Aggiunge, contestualmente all'istanza, l'indicazione dei "nominativi di alcuni stimati professionisti, la cui scelta sarebbe gradita", indicando però anche i nomi di due periti non graditi, perché già nominati, come perito di parte e come perito d'ufficio, "in altra controversia, attualmente pendente presso codesto Tribunale in cui la Navale Assicurazione è parte processuale".

Anche il procuratore dell'attore, si è associato alla richiesta, di nomina del terzo perito, ma ha contrastato l'istanza dell'avversa procura di indicare i periti "graditi e non graditi", intesa come momento rivolto a condizionare il "Giudice nella nomina del perito".

Nominato il perito nella persona di uno dei non graditi, sia per le evidenti e stimate capacità professionali in materia di risarcimento danno da incendio, sia perché le condizioni esposte dalla convenuta in atti non sono risultate affatto provate e comunque del tutto irrilevanti, da parte della convenuta è stato eccepito, che l'istanza era stata avanzata in ragione dei principi affermati nella Rub. VII, § 707, del Libro IV, delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*. Ha contestato inoltre la convenuta che tra le parti sia sorto o comunque si fosse mai realizzato "il formale disaccordo", richiesto dal secondo capoverso del secondo comma dell'art. 18 delle condizioni generali di assicurazione, rilevando che tale nomina, sia invece da ritenersi soltanto "di carattere preventivo".

Con successivo atto di citazione, depositato il 28 gennaio 1992, - nella causa poi iscritta a ruolo col n.14 dell'anno 1992 - la convenuta Navale Assicurazione s.p.a., ha richiesto la citazione in giudizio del Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese per sentire "invalidare la perizia redatta in data 30 dicembre 1991 e condannare parte convenuta", Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, "al risarcimento dei danni subiti che saranno successivamente quantificati".

Ha infatti lamentato la violazione dell'art. 18 delle predette Condizioni Generali, nella parte in cui il terzo perito è "preventivamente nominato, solo allorquando si sia formalizzato il disaccordo e limitatamente ai punti controversi" e la violazione dei

“poteri a lui demandati ed in generale sulla estensione del mandato”, nonché la violazione dell’art. 19 da parte del perito nominato dal Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, per avere agito oltre i limiti del mandato, essendogli stato conferito solo quello relativo ai punti 3 e 4 dell’art. 19, sempre delle predette condizioni generali.

Lamenta inoltre che il terzo perito e il perito nominato dal Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese avrebbero violato il punto 2 dello stesso art. 19, non avendo rilevato l’inadempienza del Comitato “in merito agli obblighi di cui all’art. 16” delle Condizioni Generali, “comportando ciò, un vizio per la mancanza degli elementi essenziali, su cui la perizia doveva basarsi”, nonché la violazione dell’art. 16, comma terzo, nella parte in cui il Comitato Olimpico doveva predisporre “un elenco dettagliato dei danni subiti”.

Lamenta infine la violazione dell’art. 20, comma primo, delle Condizioni Generali, che obbligano “le parti a determinare il danno considerando il valore delle cose al momento del sinistro”, nonché l’inclusione nella perizia delle attrezzature contenute nella sovrastruttura al momento del sinistro e mai richieste dal Comitato Olimpico e la violazione dell’art. 22, sempre delle stesse condizioni, nella parte in cui si dispone l’obbligo all’assicurato “di dare avviso, a ciascun assicuratore, della consistenza o meno di più assicurazioni del medesimo rischio”.

Ha poi contestualmente presentato formale istanza di ricusazione del terzo perito, perché “ha uno stabile rapporto di lavoro, continuativo e retribuito, con le Assicurazioni Generali, della quale compagnia l’Avv. Marino Nicolini è stato agente principale e attualmente, ma anche in passato, alcuni membri della sua famiglia hanno ricoperto tale ruolo”; perché è pendente “causa civile n. 201 dell’anno 1991 che vede il geom. Luigi Busignani nella veste di perito di parte avversa” alla attuale convenuta s.p.a. Navale Assicurazione; e infine perché la richiesta di nomina del terzo perito “conteneva le indicazioni delle persone gradite e non gradite ai sensi e nello spirito delle *Leges Statutae*, lib. VI, Rub. VII, par. 707”, perché tale nomina è “palesamente in contrasto con la regola della imparzialità e serenità di scelta che dovrebbero contraddistinguere una tale figura”.

Riprodotta la citazione nell’interesse della Navale Assicurazione, il Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, al momento della sua costituzione, ha richiesto la riunione alla causa principale già pendente. Disposta la riunione, si è riservato al definitivo la valutazione di “tutte le eccezioni avanzate dalla Navale Assicurazione circa la perizia e il perito” nominato.

Nel primo termine di prova è stato ascoltato un testimone, qualificato per essere l’Agente di una Assicurazione, che ha dichiarato, come lui fosse a conoscenza, che “al momento dell’asta indetta dal C.O.N.S. per assicurare i fabbricati gestiti dallo stesso C.O.N.S., [...] che la palestra sita in San Marino, località Serravalle”, fosse “costruita in vetroresina”.

Nel secondo termine di prova è stato ascoltato un altro testimone, qualificato per essere sub-Agente di una Assicurazione partecipante “alla gara indetta dalla parte attrice per assicurare tutti gli impianti sportivi della Repubblica di San Marino”, il quale ha ribadito, che era noto, a lui ma anche agli altri concorrenti, che “in Serravalle in Via Rancaglia, oltre al complesso del campo sportivo, esisteva un separato edificio ad uso palestra costruito in vetroresina”, che risultava essere “parte integrante del campo sportivo”.

Veniva poi ordinato all’attore, Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, di depositare in atti tutta la documentazione posseduta in relazione alla costruzione in vetroresina.

Nel termine reprobatorio la convenuta assicurazione ha depositato documenti dai quali risulta, che nella lettera di offerta il campo sportivo, la palestra e il circolo tennis, erano dichiarati per un valore globale di 3.000.000.000=, cioè quasi la metà su un “valore totale da assicurare di £. 6.700.000.000”=.

E’ stato poi ammesso un testimone che ha dichiarato come la struttura in vetroresina sia stata commissionata dal Presidente della Federazione Atletica Leggera, e offerta da uno sponsor; che era smontabile e costituita da “una struttura metallica portante con sopra dei pannelli”, con “destinazione d’uso, quale palestra esclusivamente per l’atletica leggera”. Nei confronti di un altro testimone, qualificato come Segretario Generale del Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, da parte della convenuta assicurazione è stata sollevata eccezione di inidoneità, riservata per la decisione al definitivo: l’eccezione é fondata e il teste non può essere ritenuto idoneo.

Ammessa la contestata perizia agli atti di causa, nel termine reprobatorio sono stati ammessi due testimoni: ad uno la stessa parte convenuta ha rinunciato, sull’altro sono state espresse riserve dal procuratore dell’attore, che devono essere respinte. Risulta che la struttura in vetroresina non può essere considerata una attrezzatura e che, comunque, “per esclusione tutto ciò che non è considerato nella voce macchinari, attrezzature, arredamento e merci si può considerare fabbricato”. Così risulta pure che generalmente “il tasso non è predominante per dire se il rischio rientra in copertura, in quanto la compagnia potrebbe fare la polizza a tassi estremamente bassi; è invece decisivo la descrizione del rischio assicurato”.

Nel termine di controprova è stato ammesso come testimone, indotto dalla convenuta assicurazione, il costruttore della struttura in vetroresina. Il procuratore dell’attore, Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, ha eccepito che la società costruttrice è parte convenuta in altra causa: a scioglimento della riserva opposta, si deve affermare che, per i capitoli presentati e richiesti al testimone, l’eccezione non può ritenersi fondata essendosi il testimone limitato a descrivere la sola struttura. Il teste pertanto deve ritenersi idoneo, perchè, come già risultava in atti, ha confermato che la struttura in questione era stata commissionata dalla Federazione Atletica Leggera e che era costituita in due parti, una metallica portante e l’altra, la copertura, in pannelli di vetroresina coibentati. Era poi legata al suolo da una “cordolatura in cemento armato con agganci tirafondi affogati nel cemento, ove si agganciano i pannelli”, cosicché, “quando è montata diventa un corpo unico con il terreno e sopporta le sollecitazioni atmosferiche”. Sempre nello stesso termine di prova nell’interesse dell’attore, Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, é stato ammesso come testimone il terzo perito, nominato ai sensi dell’art. 18 delle condizioni generali di assicurazione. Il procuratore della convenuta assicurazione ha eccepito la sua inidoneità, perché il testimone, proprio come perito è stato formalmente ricusato, mentre la perizia è stata impugnata. La sua testimonianza non è particolarmente rilevante, perchè conferma soltanto quanto già dichiarato da altri testimoni. Non tutti i motivi adottati trovano poi fondamento.

Sono stati ammessi definitivamente tutti i documenti depositati con la separata istanza, oggi allegata agli atti di causa, con la quale la convenuta ha impugnato la perizia e ricusato il terzo perito.

Aperto il termine ad allegare, depositate le memorie, è stata fissata udienza per l’irrotulazione: la causa è stata posta *pro servato* e trattenuta per la decisione.

Il procuratore dell’attore nelle finali allegazioni ha così concluso: “1) che la struttura di Via Rancaglia, Serravalle, colpita dall’incendio del 28 settembre 1989, era assicurata con

polizza incendi n. 405995 della Navale Assicurazione per l'evento dannoso che l'ha colpito e distrutto: l'incendio e che pertanto la stessa Compagnia è tenuta al risarcimento del danno; 2) che tale danno ammonta a £.316.217.760= più le spese da liquidarsi al Perito Giudiziario Geom. Luigi Busignani quantificate in £.20.199.000= come da perizia redatta a mente degli artt. 18 e 19 delle condizioni generali di polizza; 3) che su detta somma spettano al C.O.N.S. gli interessi nella ragione legale ed una somma per il minor potere di acquisto della lira dal 28 settembre 1989 al momento del pagamento [...]; 4) che incombe alla Navale Assicurazione anche il pagamento di tutte le spese di perizia e processuali, che si liquideranno separatamente da S.S. Ill.ma il Commissario della Legge su nostra istanza”.

Il procuratore della convenuta nelle finali allegazioni in diritto ha concluso chiedendo circa l'invalidità della perizia “dichiarare la nullità della redatta perizia da parte del collegio peritale portante la data del 30 dicembre 1991, e conseguentemente condannare il C.O.N.S. al pagamento dei danni subiti dallo svolgimento di tale perizia che saranno quantificati a parte”; circa la recusazione del terzo Perito ha invece così concluso: “dichiarare sussistenti l'interesse nella causa (anche se indiretto), di inimicizia verso una parte (il geom. Rogo) e di soverchia dimestichezza con alcune delle parti (il procuratore di parte C.O.N.S.) del terzo perito Geom. Luigi Busignani e pertanto accogliere la richiesta di ricusazione dello stesso con conseguente invalidazione della redatta perizia dal Collegio Peritale del 30 dicembre 1991 e nomina di altro terzo Perito, ed infine condannare il C.O.N.S. al pagamento dei danni subiti dallo svolgimento di tale viziata perizia che saranno quantificati a parte”; circa l'indennizzabilità dei danni provocati dall'incendio ha così concluso: “dichiarare la non indennizzabilità del danno da incendio di cui al sinistro in data 28 settembre 1993, e conseguentemente condannare il C.O.N.S. al pagamento delle spese ed onorari di causa sopportati da questa parte processuale” quantificati analiticamente in £.8.740.000=.

## DIRITTO

1) I tre diversi procedimenti - domanda principale, recusazione del terzo perito, annullamento della perizia -, devono essere riuniti oltretutto per motivi soggettivi - trattasi delle stesse parti - anche per ragioni oggettive - investono gli stessi fatti. Esistono poi anche ragioni formali, che giustificano la riunione, dato che la nomina del terzo perito, e conseguentemente la sua pretesa recusazione, è stata richiesta ed accordata nella primitiva causa in punto a risarcimento del danno derivato da incendio all'attore.

Prima della verifica della corretta applicazione dell'art. 19 delle Condizioni Generali di Assicurazione, quale è eccepito dalla convenuta, è pregiudiziale accertare se il danno, cagionato dall'evento incendio, sia o meno indennizzabile. In difetto di una qualsiasi indennizzabilità, per economia nei giudizi, fatta salva la domanda riconvenzionale di risarcimento del danno della convenuta assicurazione, le due successive questioni, che nell'ordine sono la recusazione e la nullità della perizia, diventerebbero del tutto irrilevanti o comunque risolte anche nel merito.

Sono state poi sollevate tutta una serie di eccezioni circa l'idoneità di alcuni testimoni, che preliminarmente devono essere decise.

Procedendo nell'ordine si deve affermare, che non esistono dubbi sulla idoneità a testimoniare del Segretario Generale del Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, accogliendosi così l'eccezione della convenuta. A motivazione si invocherà la massima

che **“non sono apprezzati con sufficiente credibilità i testimoni [...] che possono vantare un interesse in causa, anche indiretto”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'8 aprile 1987 nella causa n.184 dell'anno 1983, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1981 - 1990, pp.1235-1236).

Diverso è invece il caso del testimone, legale rappresentante della società costruttrice della contestata struttura, e che, fondandosi solo sulle dichiarazioni del procuratore dell'attore, ha pendente altra causa contro lo stesso attore. I due capitoli di prova, richiesti dalla convenuta assicurazione al testimone, sono stati articolati per conoscere il nome del committente, la descrizione del materiale e il metodo di costruzione della struttura. **Sulla idoneità del testimonio in generale una risalente giurisprudenza allegava, oltre il principio che “nullus idoneus testis in re sua intelligitur” - “nessun testimone è ritenuto idoneo nella propria situazione” (D.22.5.9), anche l'altro principio, che recita “omnibus in re propria dicendi testimonia facultatem iura submoverunt” - “tutti nella propria situazione hanno interdetta la facoltà di rendere testimonianza” (C.4.20.10).** E così la stessa giurisprudenza commenta in diritto la seconda legge: “poco ci fermeremo sulla prima, inquantoché, essendo il senso della medesima diretto a significare l'inidoneità del testimonio che depone in una causa, in cui abbia interesse, provverebbe contro l'assunto degli istanti, imperroché **il dichiarare idoneo un testimonio non è un escluderlo dal testificare, ma soltanto si risolve in un avvertimento dato al giudicante perchè non gli presti fede se non quando le prove, da cui e sorretto, inducano a credere che abbia detto il vero**” (cfr. Sentenza del Giudice d'Appello per le cause civili del 9 settembre 1868 nella causa promossa da Melchiorre e Giuseppe Filippi contro Osvaldo Casini e Benedetta Gazzarelli ved. Filippi, indicata in T.C. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, R.S.M., 1967, p. 71). Concludendo dunque, per le dichiarazioni rese, al testimone può anche essere attribuita sufficiente credibilità.

Sull'ultimo teste, che è il terzo perito, formalmente ricusato dalla convenuta per inimicizia con il perito nominato dall'assicurazione e per familiarità con il procuratore dell'attore, l'eccezione di inidoneità potrebbe anche trovare fondamento in base ai principi già esposti, se la recusazione potesse però essere accolta. In difetto il terzo perito, come testimone non trova alcun motivo per essere escluso dal suo ufficio, e a lui può anche essere attribuita credibilità. Al contrario nell'economia del processo, va anche segnalato, che in ogni caso le sue dichiarazioni hanno modesto pregio probatorio riguardo al comportamento tenuto durante la perizia, anche se, in accoglimento della impugnazione della stessa, tale perizia dovesse essere dichiarata invalida per difetto di formalità. In questo caso, ma solo in questo specifico caso, si deve infatti ritenere che il testimone abbia un interesse in causa.

2) Nella polizza di assicurazione incendio sottoscritta dalle parti è stabilito che: “alle condizioni tutte della presente polizza, per le garanzie di cui all'art. 11 delle Condizioni Generali di Assicurazione, oltre a quelle più sotto richiamate, si assicurano i seguenti impianti sportivi di proprietà dell'Ecc.ma Camera di S. Marino e gestiti dalla contraente, comprensivi dei fabbricati, opere di recinzione, illuminazione e tribune per il pubblico, ubicati nel territorio della Repubblica di San Marino”.

Secondo quanto previsto dall'allegato art. 11 delle condizioni generali, la convenuta si è assunta l'obbligo di “risarcire i danni materiali e diretti causati alle cose assicurate, anche se di proprietà di terzi, da: incendio, fulmine, esplosione e scoppio non causati da ordigni esplosivi”. Comunque sul punto non esistono contestazioni negli atti di causa:

nulla infatti è in discussione relativamente alla natura e alla verifica dell'evento dannoso, individuato nell'incendio.

Le contestazioni, sollevate dalla convenuta assicurazione, riguardano invece i fatti e le attività, posti in essere dalle parti nei momenti che hanno preceduto la stipula della polizza; il regime della polizza; le caratteristiche costruttive della sovrastruttura in vetroresina; l'inclusione della anzidetta sovrastruttura nella polizza; la richiesta degli interessi legali e della svalutazione avanzata dall'attore.

Circa i fatti posti in essere dalle parti prima della stipula, e in particolare riguardo alla lettera con cui il Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese ha invitato le varie assicurazioni a partecipare all'assunzione del rischio, non sembra proprio, che, secondo le pretese della convenuta, quel tasso di pericolosità, che avrebbe quotato il rischio a valori più elevati, sia stato inesattamente dichiarato o reticentemente celato dall'attore.

Risulta dagli atti, che la c.d. struttura, al momento della stipula della polizza, era già costruita e, a quanto si riferisce, era ben visibile, e costituiva sicuramente un impianto sportivo. In ogni caso la lettera-invito del 13 maggio 1987 era diretta a persone - l'Agente della convenuta Navale Assicurazione s.p.a. - che appartengono al ramo assicurativo, e in particolare a quello degli incendi e della responsabilità civile verso i terzi.

Se, per assurdo, si dovesse accogliere l'eccezione della convenuta, secondo quanto è previsto dall'art. 1 delle condizioni generali di assicurazione, il comportamento relativo all'inesatta dichiarazione o alla reticenza dovrebbe essere posto a carico dell'attore. Si dovrebbe imputare al Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese un comportamento non genericamente scorretto, ma piuttosto doloso o almeno imputabile a colpa grave. Così almeno è prescritto dagli art.li 1892, 1893 e 1894 del Codice Civile italiano.

Il richiamo agli articoli si impone, non perchè costituiscono *lex loci vicinioris*, ma perchè essi sono espressamente riportati dall'allegato art. 1 delle condizioni generali di assicurazione, circa il regime giuridico delle dichiarazioni relative alle circostanze del rischio, e quindi hanno, per le due parti in causa, un valore convenzionale e pertanto cogente.

Ma dalla lettera non emerge un comportamento in termini di dolo, né tanto meno di colpa grave. Anzi si deve ritenere che la struttura in vetroresina e metallo, come semplice circostanza di fatto, quale è stata considerata da altri assicuratori, partecipanti alla gara, difficilmente avrebbe potuto indurre in errore la convenuta assicurazione circa l'assunzione del reale rischio.

Non è inutile richiamare quanto una giurisprudenza, ormai consolidata, ha affermato sul **concetto di dolo**: **“il far intravedere all'altro contraente un vantaggio o guadagno nella conclusione del contratto, per deciderlo ad effettuarlo, costituisce quel dolo buono che la legge permette: *contrahentibus permissum est se invicem circumveniri*. Il dolo malo - contrassegnato da insidie, da raggiri, da covertie vie (*calliditas, fallacia, machinatio*, giusta la classificazione di Labeone) - è causa di annullamento del negozio giuridico quando trattasi di *dolus dans causam contractui* e cioè quando i raggiri sono stati tali che senza di essi non si sarebbe prestato il consenso al contratto”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 20 agosto 1931 nella causa n°. 147 dell'anno 1929, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1931 e 1932, p. 32).

La lettera è dunque una normale richiesta di assicurazione di impianti sportivi e non pone in essere nessuna forma di *calliditas*, di *fallacia*, o di *machinatio*, che possa aver indotto la convenuta assicurazione a concludere la polizza. Ma c'è di più perchè, anche

uscendo dalla ricordata nozione di comportamento doloso, nella lettera invito non si può ravvisare neppure la coscienza e la volontarietà del falso o della reticenza al fine di ingannare la convenuta società assicuratrice. La struttura in vetroresina e metallo è da ritenersi un impianto sportivo, e tali cose si sono volute assicurare. Inoltre, circostanza non secondaria, è già esistente e ben visibile al momento della conclusione del contratto di assicurazione.

Escluso il dolo, e ragionando solo per completezza anche in termini di colpa grave, non si vede proprio come in quella lettera il Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, abbia volutamente omesso di tener conto di qualsiasi obbligo imposto dalla legge o abbia tenuto un comportamento volutamente ispirato a negligenza, imprudenza o imperizia.

D'altra parte la giurisprudenza italiana ha stabilito che "pur non avendo l'assicuratore alcun onere di accertare la veridicità delle dichiarazioni dell'assicurato, gli effetti degli articoli in commento [cioè gli art.li 1892, 1893 e 1894 del Codice Civile italiano] non si producono se il primo, al momento della stipulazione del contratto, ha avuto modo di valutare il rischio nella sua effettività: la prova della predetta conoscenza, concernendo una circostanza di fatto e non il contratto o una sua clausola, può essere data con ogni mezzo compresa la testimonianza (Corte di Cassazione anno 1971, sentenza n.1843); la conoscenza, però, da parte dell'impresa assicurativa non può essere confusa con quella dei soggetti che abbiano il potere di rappresentanza (es. produttore di affari), il cui stato soggettivo è irrilevante (Corte di Cassazione anno 1978 sentenza n. 4743)" (cfr. G. Ciano - A. Trabucchi, Commentario al Codice Civile, Padova 1988, p.1414). In questa circostanza una tale giurisprudenza deve essere allegata necessariamente, a cagione del richiamo contrattuale alle disposizioni di legge appartenenti a quell'ordinamento, cioè agli art.li 1892, 1893 e 1894 del Codice Civile italiano. In altre parole la disciplina stabilita dalle norme italiane è decisiva, perchè è convenzionalmente obbligatoria per entrambe le parti in causa.

Semmai la convenuta assicurazione, sempre che la dichiarazione dell'attore potesse ritenersi reticente o inesatta, ma esente da dolo o colpa grave, avrebbe potuto far valere la circostanza non per contestare l'annullamento del contratto, bensì per ottenere il recesso, che però non ha nessun effetto retroattivo. Perciò quando il sinistro si è verificato l'assicuratore deve pagare.

Il comportamento dell'attore, Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, non si qualifica dunque nè a titolo di dolo, né a titolo di colpa grave, nè di generica scorrettezza.

Si deve pertanto concludere che, in mancanza di violazione del predetto obbligo da parte dell'attore, l'errata valutazione del rischio, se mai ci fosse stata, resta a carico della convenuta assicurazione.

L'eccezione pertanto non può essere accolta.

3) Si deve invece accogliere l'eccezione della convenuta che le c.d. "definizioni" portate dal contratto, ed in particolare quella relativa al punto 4, concernente i "fabbricati" - "l'intera costruzione edile e tutte le opere murarie e di finitura compresi fissi e infissi ed opere di fondazione o interrate ed escluso solo quanto compreso nelle definizioni di macchinario, attrezzature, arredamento" - costituiscano parte integrante del contratto di polizza di assicurazione incendio.

Non si può invece concordare che, la contestata struttura in vetroresina e metallo, possa essere equiparata per caratteristiche costruttive ai "capannoni pressostatici e simili", che comunque, nel contesto più generale della polizza, sarebbero da ritenere sicuramente



impianti sportivi, ma che invece non hanno le caratteristiche del fabbricato, così come è inteso nella definizione posta nel contratto. Va anzi precisato a scanso di equivoci, che la struttura in vetroresina e metallo, ancorata al suolo da un cordolo in cemento nel quale sono stati posti i ganci di costruzione, non ha nulla di simile ai c.d. capannoni pressostatici, che si reggono solo per la differenza di pressione tra l'interno e l'esterno.

Passiamo invece all'esame delle caratteristiche costruttive della sovrastruttura in vetroresina e metallo: due fatti appaiono chiari dagli atti di causa, che la relazione dell'Ing. Sega è posteriore all'incendio, e che quindi ha ben poco valore per determinare le caratteristiche di una costruzione, che, contrariamente a quando pretende la procura della convenuta, doveva essere ben esaminata dall'assicuratore al momento dell'assunzione del rischio; che quanto realizzato dalla ditta costruttrice è ben diverso da quanto risulta dalla documentazione in possesso dal Servizio Antincendio della Protezione Civile. Si da infatti atto che sono state apportate modifiche non conosciute dal servizio. Trarre conclusioni da una tale documento non porta a prove che possono essere pacificamente accolte.

Più attendibile è invece la deposizione del legale rappresentante della ditta costruttrice, che, se anche non descrive la struttura come un fabbricato, nel senso in cui è contrattualmente definito in polizza, consente di ritenere la medesima come un impianto sportivo - vedi il foglio dimostrativo prodotto e allegato agli atti di causa -, e come tale sicuramente assicurato dalla convenuta e sicuramente proposto, sempre alla stessa convenuta, con la lettera di invito già esaminata. Se poi si accoglie quanto dichiarato da un tecnico, chiamato come testimone dalla convenuta, allora si deve concludere che la nozione di fabbricato è residuale per cui "tutto ciò che non è considerato nella voce macchinari, attrezzature, arredamento e merci, si può considerare fabbricato" e anche la c.d. struttura può ritenersi fabbricato a tutti gli effetti.

4) Si sono così anticipate le conclusioni sulla penultima eccezione sollevata dalla parte convenuta, relativa all'inclusione della anzidetta sovrastruttura nella polizza. In altre parole si deve esaminare la pretesa della convenuta di non essere obbligata a risarcire i danni materiali e diretti, causati alla suddetta struttura.

In primo luogo non è vero che la richiesta dell'attore sia stata quella della sola copertura assicurativa sui c.d. fabbricati in senso tecnico, o meglio contrattuale. La richiesta si apriva con la trasmissione "dell'elenco degli impianti sportivi, con relativo valore, che sono gestiti da questo comitato Olimpico e per i quali chiediamo la Vs. migliore offerta per la stipulazione delle seguenti polizze assicurative sia annuali che decennali: a) polizza incendio; b) polizza per responsabilità civile verso terzi".

Ad una tale richiesta fa riscontro il testo della polizza, peraltro già riportata, ma che non è inutile trascrivere di nuovo a chiarimento di questa ulteriore motivazione: "alle condizioni tutte della presente polizza, per le garanzie di cui all'art. 11 delle Condizioni Generali di Assicurazione, oltre a quelle più sotto richiamate, si assicurano i seguenti *impianti sportivi* di proprietà dell'Ecc.ma Camera di S. Marino e gestiti dalla contraente, comprensivi dei fabbricati, opere di recinzione, illuminazione e tribune per il pubblico, ubicati nel territorio della Repubblica di San Marino".

Si deve concludere senza ulteriori esami, che **oggetto della polizza di assicurazione di incendio intervenuta tra le parti, non sono i "fabbricati", come contrattualmente predeterminati a stampa nella polizza, bensì gli "impianti sportivi", che costituiscono ben altra cosa e che invece non trovano corrispondente definizione in contratto. La situazione che si rileva è esattamente il contrario di quella che oggi**

**pretende di far valere la convenuta. Con quella polizza ha inequivocabilmente assicurato gli impianti sportivi in genere, nei quali si devono ricomprendere anche i fabbricati, le opere di recinzione, ecc.**

La circostanza che i fabbricati siano contrattualmente posti nelle definizioni, è un dato sicuramente rilevante, ma non in questo caso, perchè il contratto di assicurazione ha per oggetto gli impianti sportivi, non definiti in clausole prefissate soltanto da una parte contraente.

Le eccezioni proposte dalla convenuta relativamente alla indennizzabilità dei danni provocati dall'incendio non trovano fondamento e non possono essere accolte.

5) Resta da stabilire se è fondata la richiesta degli interessi legali e della svalutazione avanzata dall'attore.

La convenuta così propone la sua eccezione: in primo luogo é il collegio peritale che "determina esattamente il danno al momento della redazione della perizia" e poi "la cosa assicurata è stimata per il suo valore di ricostruzione a nuovo in quel giorno". In conclusione "è da quel momento che eventualmente si deve far decorrere il tempo del risarcimento da svalutazione monetaria e di corresponsione degli interessi legali".

E' l'art. 20 delle condizioni generali di assicurazione che determina il valore che "le cose assicurate - illese, danneggiate o distrutte - avevano al momento del sinistro", attraverso una operazione che è di stima. Sembra evidente che, ove la cosa sia andata interamente distrutta - ed è il caso di specie -, l'ammontare del valore corrisponde alla determinazione del danno, salvo il limite massimo dell'indennizzo previsto dall'art. 23 delle stesse condizioni.

**Ma è proprio dal danno prodotto dall'*eventus*, il sinistro per intenderci, che l'assicuratore contro i danni si obbliga a rivalere l'assicurato e così é obbligato a pagare una somma al verificarsi del sinistro stesso.**

Se è anche vero che l'ammontare del danno secondo l'art. 18 delle condizioni generali "è concordato tra le parti" o a mezzo periti, si deve aver per certo che non è al momento della determinazione del danno, ma al verificarsi dell'evento dannoso, che l'obbligazione di pagare la somma si è perfezionata a carico della convenuta assicurazione. Al contrario se l'obbligazione nascesse quando il collegio peritale "determina esattamente il danno al momento della redazione della perizia", la convenuta assicurazione avrebbe un forte interesse a non concludere la "procedura per la valutazione del danno", lucrando in altri modi l'utilizzazione della somma da pagare.

Ci si deve pertanto riportare al contratto, che all'art. 24 stabilisce come "la società deve provvedere al pagamento dell'indennizzo entro 30 giorni" dalla valutazione del danno.

Pertanto verificandosi la soccombenza della convenuta assicurazione, che non ha contestato l'*eventus damni*, bensì ha sollevato altre eccezioni, sottratti i tempi di perizia e i trenta giorni convenzionalmente concessi, su tutto il ritardato pagamento decorrono senza indugio gli interessi.

Sulle stesse ragioni si fonda la richiesta che la svalutazione monetaria, il perduto potere di acquisto della somma dovuta dall'assicuratore, debba essergli posta a carico della convenuta.

**La rivalutazione si accorda a titolo di risarcimento del danno cagionato successivamente al momento della scadenza del debito, per non avere la convenuta adempiuto nei termini in cui é stata legittimamente avanzata la richiesta. Deve pertanto disattendersi il principio nominalistico, in base al quale si è formato il debito e per cui il debitore si libera pagando la somma richiesta, perché il potere di**

**acquisto si è modificato nel tempo, che è intercorso tra il sorgere del debito e quella che può essere considerata la sua naturale scadenza.**

La svalutazione monetaria è un fatto intervenuto successivamente e non può operare a favore del debitore, che ritarda il pagamento di una obbligazione pecuniaria, ormai scaduta e che pertanto si rende responsabile dei danni, che sono cagionati al creditore, compresi quelli che sorgono dalla svalutazione monetaria intervenuta successivamente alla data di scadenza.

Il danno cagionato deriva dunque all'attore dall'accertato minore potere di acquisto della moneta, che è costretto a subire per non averne l'immediato possesso, e quindi la piena disponibilità, che consegue al pagamento di una obbligazione pecuniaria anche derivante da un danno.

L'accertamento di un tale danno è da assumersi come fatto notorio, in quanto conoscenza diffusa e comune, e pertanto, ai fini di causa, può ritenersi ampiamente provato.

Se poi si dovessero recepire norme che, per essere ispirate a principi generali, devono ritenersi anche uniformi, si dovrebbe citare quello che ha trovato formulazione normativa nell'ultimo comma dell'art. 429 del Codice di Procedura Civile della Repubblica Italiana, sempre allegabile come *lex loci vicinioris*, in base al quale le somme, che vengono pagate in ritardo, devono essere rivalutate in ogni caso.

In forza dell'accertata diminuzione del potere di acquisto infatti la parte attrice vede diminuire una sua ricchezza, una somma di danaro, che al momento dell'inadempimento doveva già essere nella sfera della sua piena disponibilità.

Tale somma di danaro, proprio perchè è soltanto un calcolo numerico, come lo è anche il calcolo degli interessi, può essere liquidata in maniera autonoma in fase di successiva esecuzione.

6) In merito alla causa proposta dall'attore, Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, si accoglie la domanda dell'attore, perchè è fondata e, respinte le eccezioni sollevate e verificato che l'incendio è avvenuto, la convenuta assicurazione è tenuta a risarcire i danni materiali e diretti causati alle cose assicurate in forza dell'art. 11 delle condizioni generali di assicurazione, anche se le stesse cose erano di proprietà dell'Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino. L'evento dannoso, l'incendio avvenuto in località Serravalle, in Via Rancaglia, ha distrutto l'impianto sportivo costituito da una struttura in vetroresina e metallo, che aveva funzione di palestra indoor per l'atletica leggera. La misura del risarcimento del danno, siccome richiesto dallo stesso attore, Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, è determinato nelle forme convenzionali stabilite dall'art. 18 delle Condizioni Generali di Assicurazione.

7) Passiamo ora all'esame della formale recusazione del terzo perito, riunita alla presente causa, ma avanzata dalla Navale Assicurazione s.p.a. con separata istanza di citazione. Solo per comodità di espressione e per evitare equivoci, sempre possibili, continueremo ad individuare in atti come convenuta la Navale Assicurazione s.p.a.

Si sostiene dalla convenuta che il terzo perito possa essere ricusato, per motivi di inimicizia e di familiarità, ossia per soverchia dimestichezza con le parti.

Pregiudizialmente le formali conclusioni meritano di essere riportate ancora una volta: perchè, secondo le pretese della convenuta, si dovrebbe dichiarare che sussiste "l'interesse nella causa (anche se indiretto), di inimicizia verso una *parte* (il geom. Rogo) e di soverchia dimestichezza con alcune delle *parti* (il procuratore di parte CONS) del terzo perito Geom. Luigi Busignani".

Cominciamo col dire che non si ritiene sufficientemente persuasiva la circostanza, non secondaria per una decisione, per cui il perito, nominato dalla società convenuta a norma dell'art. 18, sia diventato parte, dimenticando completamente quale sia invece il suo corretto atteggiamento professionale a lui imposto dalla clausola contrattuale. Si argomenta in questo caso partendo dal sicuro presupposto che la convenuta, la Navale Assicurazione s.p.a., difesa da un procuratore, validamente preparato in diritto, usi dei termini tecnici: perciò parte, significa e può significare soltanto parte in causa.

I periti nominati non si individuano mai come parti processuali, anche se hanno un mandato a norma dell'art. 19 delle condizioni generali di assicurazione, il solo cui devono attenersi per espletare la perizia contrattuale. Così, sarebbe del tutto abnorme, se si individuassero come parti in causa non solo il procuratore dell'attore, ma anche quello della convenuta.

Il mandato conferito ai periti, è espresso, ma soprattutto è *extraiudicialis*, perché deve intendersi conferito non a risolvere una lite, ma *ad negotia*, cioè per portare a compimento la sola perizia contrattuale di stima.

Alla stessa conclusione si perviene nei confronti del procuratore dell'attore, Comitato Olimpico Nazionale Sammarinese, che, ai fini dell'accoglimento della pretesa eccezione, è stato collocato tra le parti in causa.

Premesso che nel caso di specie, il procuratore alle liti non sta in giudizio in proprio, come avvocato deve essere tenuto nettamente distinto dalla parte che difende. Una tale distinzione discende da almeno due precise disposizioni, che sul piano positivo impongono al difensore comportamenti legislativamente ben definiti, contrari alla posizione di parte in giudizio. Sono le due leggi a C.2.6.5 e a D.4.8.12., che vietano, proprio all'avvocato, l'una di pattuire una quota lite con il cliente e l'altra di acquistare le ragioni litigiose del medesimo. La dottrina invece riassume ogni conclusione sui due divieti nella massima "advocato non licet pacisci cum suo cliente de quota lite, idest de dimidia, tertia, vel quarta parte eius sibi attribuenda, si causam reportaverit, aut vicerit [...]". Nec ipsi advocato licet alienas lites redimere et causas litigiosas emere" - "all'avvocato non è consentito concludere contratti con il suo cliente per la quota lite, cioè per la metà, per una terza parte, o per una quarta che gli debba essere attribuita, se la causa venga respinta o vinta [...]. Né allo stesso avvocato è consentito riscattare le liti altrui e comprare cause litigiose" (cfr. L. Ferraris, Prompta biblioteca canonica, iuridica, tomus primus, Venetiis 1787, p. 95, nu. 17 e nu. n. 20).

L'aver eccepito, anzi scambiato, che il perito e il difensore sono *parti in causa* dunque si commenta da sé. In ogni caso, anche ammesso che le norme vigenti e la dottrina consentissero una tale individuazione, dopo le prime generiche affermazioni, si attende ancora che venga data la prova delle due circostanze di fatto - l'inimicizia dell'uno e la familiarità dell'altro - negli atti di causa, circostanze eccepite a fondamento della domanda di recusazione. Anche si dovesse inquadrare nella categoria del notorio, che il procuratore dell'attore è un assicuratore - comunque lo ammette nella finale memoria -, resta sempre da provare che i suoi rapporti con il consulente della assicurazione, di cui è agente, sono familiari, o, se si vuole, di soverchia dimestichezza con il terzo perito.

Sui due gravi fatti la convenuta assicurazione si è limitata soltanto a sollevare generici dubbi, che non si risolvono in legittimi sospetti, ma in giudizi professionali non accettabili. Sono i due fatti - l'inimicizia e la familiarità - che devono essere provati in forme processualmente valide, non solamente enunciati dalla convenuta, per poter così consentire di individuare in quegli stessi fatti il fondamento della invocata recusazione,

cioé la presenza effettiva o potenziale di una iniziativa colpevole o anche ostile, o soltanto pericolosa.

8) La convenuta ha poi sostenuto che le competeva di far conoscere il suo gradimento sulla nomina del perito a norma del Libro IV, Rub. VII, § 707 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*. In realtà è il § 706, ma l'argomentazione non è stata ripresa nelle finali memorie.

Recita il suddetto paragrafo: "et si per aliquam partem suspecti, et confidati infra dictum terminum dati non essent, tunc iudices, vel Consilium duodecim committat uni ex confidatis alterius parti" - "e se i sospetti e le persone di fiducia non fossero stati designati da una parte nel suindicato termine, [di due giorni] allora i Giudici, od il Consiglio dei XII, lo commetta non ad una delle persone di fiducia dell'altra parte".

La norma non è applicabile alla nomina dei c.d. *periti conciliarii* o periti nominati d'ufficio, come vorrebbe la parte convenuta, perchè investe solamente la nomina del *sapiens* nel procedimento di terza istanza.

Nel caso in questione infatti non siamo in presenza di una perizia di ufficio, per cui "qualora la importanza della perizia lo richieda potrà nominarsi un collegio di arbitri, ed allora la facoltà del giudice, quanto alla nomina, si restringe a quella del terzo arbitro, o arbitratore" (cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, R.S.M., 1967, p. 83). Siamo invece in presenza di una perizia che deriva da una clausola di un contratto, quale è l'art. 18 delle condizioni generali di assicurazione, che ne esaurisce tutta la disciplina in una perizia di stima del danno. **Nella sistematica del diritto comune la perizia contrattuale è da collocarsi nella disciplina che deriva, non dagli arbitri iuris, seu necessarii, né dagli arbitri voluntarii, seu compromissarii, bensì dagli arbitratores.**

*Ne discendono conseguenze non secondarie perchè gli arbitratores derivanti dall'art. 18, non sono gli "amicabiles compositores stricte et proprie sumpti [...] qui nullo precedente compromisso, vel pacto partium, sponte ac proprio motu, seu rogatu alicuius extranei, discordates partes amicabiliter componunt, et pacificant" - "gli amichevoli arbitri considerati in modo stretto e proprio [...] che senza alcun compromesso pendente, o patto tra le parti, spontaneamente e per proprio moto, o per invito di qualche estraneo, amichevolmente compongono e rappacificano le parti discordanti" ma coloro i quali, "a partibus eliguntur, in ipsosque compromittitur ad perficiendos suos contractos, vel damna illa resarcienda, et alia negotia extraiudicialia expedienda, ut cum in contractu emptionis, venditionis, societatis, transactionis etc. quid aequum sit, ut una parte det alteri ex causa talis contractus, vel aestimet pretia rerum, aut operarum, sicque desuper contractu arbitretur et discordantes partes concordet, cuilibettribuendo portionem ipsi contingentem; vel cum a partibus tertius eligitur, ut pro iniuria, vel damno illato, laedens tantum det laeso, quantum ipse fuit arbitratum" - "sono eletti dalle parti, e negli stessi sono compromessi a perfezionare i loro contratti, o a risarcire quei danni, e a sbrigare negozi stragiudiziali, affinché come nel contratto di compera, di vendita, di società, di transazione ecc. ciò che sia equo, affinché una parte dia all'altra a causa di tale contratto, o stimi il prezzo delle cose, o delle opere, e così dal di sopra sia giudicato e si concordino le parti discordanti, attribuendo a ciascuno ciò che gli spetta; o quando dalle parti è eletto il terzo, affinché a causa di fatto ingiurioso, o di danno cagionato, colui che ha provocato la lesione soltanto dia al leso, quanto dallo stesso è stato giudicato" (cfr. L. Ferraris, *Prompta biblioteca canonica, iuridica, tomus primus*, Venetiis 1787, p. 270, nu. 13 e nu. 15).*

*Si deve poi ritenere che se “l’arbiter praesertim voluntarius, seu compromissarius in multis etiam differt a iudice” - “soprattutto l’arbitro volontario o compromissario differisce in molte cose dal giudice” (cfr. L. Ferraris, Prompta biblioteca canonica, iuridica, tomus primus, Venetiis 1787, p. 95, nu. 19, ove sono elencate le differenze), a maggior ragione l’arbitrator non è equiparabile al giudice. L’invocata norma statutaria, che come ius proprium difficilmente potrebbe ricevere una interpretazione estensiva, non può trovare applicazione neppure in via analogica. In conclusione la formulazione del gradimento relativamente ai periti, che in forza del contratto assumono la veste di arbitratori, non trova la sua fonte nell’istituto del gradimento che è consentito esprimere dalle norme che presiedono al giudizio di terza istanza nei confronti del sapiens.*

La perizia dunque discende dal contratto, cioè *ex partium conventionem constituitur* e in ogni caso, volendosi anche seguire la disciplina prescritta nell’*ordo iudiciarius* per la sola nomina dei periti, sulle indicazioni della convenuta assicurazione - espresse in positivo e in negativo - non si è mai realizzato nessun “accordo delle parti”, anzi si è esercitata l’opposizione dell’attore (cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, R.S.M., 1967, p. 83), perchè è stato contestato il diritto di poter indicare sia i periti graditi, sia i non graditi.

L’opposizione dell’attore infatti trova fondamento, non dovendosi procedere ad una perizia d’ufficio realizzata dai *periti consilarii*, ma ad una perizia contrattualmente prevista, che fissa ai periti - gli *arbitratores* del diritto comune - anche i limiti cui si devono attenere nell’*arbitramentum*.

Non si può dunque riconoscere alla convenuta la facoltà di esprimere il proprio gradimento o non gradimento nei confronti della nomina del terzo perito.

9) Accertato dunque che il terzo perito nominato ai sensi dell’art. 18 in diritto assume la posizione di *arbitrator*, vediamo se possa essere ricusato, anche solo come perito.

E’ stato ritenuto che **gli arbitri volontari seu compromissari, non possano essere costretti ad accettare il compromesso, ma possano invece essere costretti a terminarlo, quando abbiano deciso di accettarlo.** Possono addurre poche giustificazioni “*nisi aliquod superveniens necessarium, ac gravem impedimentum eos excuset, ut invalidudo, propriorum negotiorum necessaria occupatio, urgens profectio, inimicitiae capitales inter eos et litigatore, susceptum munus aliquod Reipublicae*” - “se non qualcosa sopravvenuta come necessaria, e un grave impedimento li giustifichi, come la cattiva salute, occupazione necessaria dei propri affari, una partenza urgente, una inimicizia capitale tra loro e chi è parte nel processo, la nomina presso un qualche ufficio pubblico” (cfr. L. Ferraris, Prompta biblioteca canonica, iuridica, tomus primus, Venetiis 1787, p. 269, nu. 8 e nu. 9). Il passo ripete quasi ad unguem quanto è disposto a D.4.8.15, per cui l’*arbiter* o l’*arbitrator* è sollevato dall’ufficio quando “*si fuerit infamatus a litigatoribus, aut si inimicitiae capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercesserint*” - “se era stato infamato da una parte del processo o se erano intervenute inimicizie capitali tra lui e le parti in causa o altro dalle parti in causa”.

Lasciando da parte la prima condizione, per cui potrebbe provocarsi volutamente da una delle parti, con una semplice manifestazione di discredito professionale, l’allontanamento del terzo perito, che quanto meno è una posizione processualmente scorretta e quindi censurabile, ritornerei all’argomento già esaminato, per cui l’inimicizia con le parti, che in diritto comune si vuole *capitalis*, se è argomento per

*astenersi dall'ufficio di arbitro o arbitratore, è anche argomento di recusazione. Al contrario se ne deduce che una eccessiva familiarità, ma sempre con le parti, può essere causa di recusazione dell'arbitrator.*

Non si può però eccepire che, pendente la nomina, il terzo perito era già “perito di parte avversa” in altra causa che vedeva costituita l'attuale convenuta, Navale Assicurazione s.p.a. Per cui a “causa dei toni molto aspri e accesi nella quale è emersa, confermata poi dall'andamento della perizia nella presente causa, una profonda inimicizia ed avversione con il perito della Navale Assicurazione”. L'affermazione è quanto mai grave e in ogni caso doveva essere provata, perché il Giudice decide *iuxta probata et allegata partium*, come già è stato detto. Ma è anche più grave, perchè qui si confondono le inimicizie e le familiarità con le parti, uniche vere cause di giustificazioni della recusazione del terzo perito, o dell'*arbitrator*, con le rivalità personali o professionali, che possono essere anche volutamente e accanitamente provocate.

La richiesta di ricsuazione non sembra proprio ammissibile, non solo perchè sfornita di concreta prova in atti delle condizioni di inimicizia e familiarità del terzo perito con le parti in causa, ma anche perchè giuridicamente infondata.

10) Veniamo ora ad esaminare la questione della invalidità della perizia e in particolare all'applicazione che i tre periti, o *arbitratores* hanno dato degli artt. 16, 18, 19 e 20 delle condizioni generali di assicurazione.

Secondo la convenuta l'attore avrebbe violato l'art. 16 delle anzidette condizioni adempiendo agli obblighi in caso di sinistro, cioè, a suo dire, non avrebbe messo “comunque a disposizione i suoi registri, conti, fatture o qualsiasi documento che possa essere richiesto dalla Società o dai Periti ai fini delle loro indagini e verifiche”.

Precisiamo subito che tra gli obblighi che fanno capo al contraente o all'assicurato, quello eccepito dalla convenuta non produce gli effetti che gli si vuole attribuire, cioè la perdita totale o parziale del diritto all'indennizzo.

Per quello che risulta all'attore, non gli sono stati contestati i veri obblighi che discendono dal primo e dal secondo comma del suddetto art. 16, cui consegue la perdita dell'indennizzo. All'attore non gli è stato infatti seriamente contestato che non ha fatto tutto il possibile per evitare o diminuire il danno, oppure che non ha dato avviso all'agenzia del sinistro stesso. Questi sono i due soli casi di inadempimento di obblighi che possono “comportare la perdita totale o parziale del diritto all'indennizzo ai sensi dell'art. 1915” del Codice Civile Italiano, perfettamente allegabile per le ragioni esposte in precedenza.

L'obbligo di mettere “comunque a disposizione i suoi registri, conti, fatture o qualsiasi documento che possa essere richiesto dalla Società o dai Periti ai fini delle loro indagini e verifiche”, formalmente eccepito come inadempienza, è previsto dal terzo comma dello stesso art. 16, lettera e), e soprattutto non porta alle conseguenze ricordate con lettera del 21 ottobre 1991 dal perito nominato dalla convenuta.

Dagli atti di causa risulta che l'impianto sportivo incendiato era stato donato da un sponsor. In termini di diritto è una donazione cioè una “*translatio dominii alicuius rei per actum mere liberalem [...] facta*” - “un trasferimento del dominio su qualche cosa fatto per atto meramente liberale” all'Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino, cioè a mezzo di una “*donatio realis, quae donatio perfecta dicitur, est illa qua donans rem alteri et actu donat et simul in effectum tradit [...] redditur donatio perfecta, quia rei donatae dominium, seu ius in re perfectum naturaliter, civiliter, et simul legitima possessio traditur actu donatario a donatore, uti exigit desumpta ex citatis iuribus definitio*” - “la

donazione reale, che è ritenuta donazione perfetta, è quella con la quale il donante dona una cosa ad altri con un atto e nello stesso tempo trae in effetto [...] è resa donazione perfetta, perché trasferisce il dominio delle cose donate, o il diritto perfetto naturalmente, civilmente e contemporaneamente il possesso legittimo per atto al donatario dal donatore, come esige la definizione desunta dai citati diritti” (cfr. L. Ferraris, *Prompta biblioteca canonica, iuridica, tomus secundus, Venetiis 1787*, p. 655, nu. 2 e nu. 4).

Stante dunque la forma richiesta per la donazione, non esiste nessun obbligo per il donatario di conservare documenti dell’acquisto effettuato dal donante, dovendosi concludere che l’attore, come assicurato, non può mettere a disposizione ciò che non ha, né ha mai avuto.

Incidentalmente si vuole annotare che durante la testimonianza del costruttore, resa il 23 settembre 1993, nessuna delle due parti in causa ha chiesto il prezzo di costruzione. A quanto sembra la sola richiesta del listino prezzi - il foglio illustrativo é acquisito in atti - sarebbe stata sufficiente per dirimere il punto in questione.

Al contrario è acquisita in atti la lettera 10 novembre 1989, depositata dalla convenuta il 7 maggio 1992, e *ad abundantiam* contenuta nelle prodotte della Navale Assicurazione s.p.a. al n.5, che è comunicazione più che sufficiente ai fini dell’adempimento degli obblighi di cui all’art.16 lettera e), già richiamato, perchè contiene i costi dell’impianto sportivo incendiato.

Se è vero, come è stato affermato che “la cosa assicurata è stimata per il suo valore di ricostruzione a nuovo”, come ha dichiarato la convenuta assicurazione, allora l’eccezione non troverebbe fondamento alcuno, perchè la convenuta, già prima della perizia di cui all’allegato art. 18, è in possesso di documenti che invece, il perito da lei nominato, pretestuosamente, richiede all’attore.

Uguualmente si ritiene del tutto pretestuosa l’eccezione riguardante di “violazione del punto 2) dell’art. 19, perchè la perizia (*rectius* i periti geom. Bisignani e geom. Corbelli) non ha rilevato l’inadempienza di parte assicurata [...] in merito agli obblighi di cui all’art. 16 delle Condizioni generali di assicurazione, comportando ciò un vizio degli elementi essenziali su cui la perizia doveva basarsi”. La parte attrice, come si è già detto, non aveva nessun obbligo da adempiere, dato che la documentazione conosciuta era già in mano all’assicurazione e pertanto a disposizione del perito nominato dalla stessa, a meno che - ma è assurdo - non intendesse celarla la stessa parte convenuta.

Nè si aggiunge con miglior sorte l’eccezione sulla violazione dell’art. 22, primo comma, delle condizioni generali di assicurazione, per non aver ottemperato all’obbligo di “dare a ciascun assicuratore comunicazione degli altri contratti stipulati” con altre assicurazioni per il medesimo rischio. La consistenza di una tale eccezione in atti attende ancora seria prova.

Dato che nelle finali memorie é stato richiamato integralmente “quant’altro contestato ed eccepito nella ricordata istanza del 28 gennaio 1992”, allora deve essere esaminata anche l’eccezione, poi non coltivata, con cui si contesta la violazione dell’art. 20, comma primo delle condizioni generali di assicurazione che obbliga le parti a determinare il danno delle cose assicurate al momento del sinistro. Il punto é già stato deciso accogliendo, quanto disposto in quell’art. 20 che “le cose assicurate - illese, danneggiate o distrutte - avevano al momento del sinistro” attraverso una operazione che è - ripetiamo - di sola stima.

11) Resta infine da esaminare l’eccezione sollevata per cui “il terzo perito è intervenuto prima del disaccordo”.



La parte convenuta ha richiesto la nomina del terzo perito a norma dell'art. 18, quinto comma, delle condizioni generali di assicurazione con istanza del 17 ottobre 1991, quando la causa per la richiesta del risarcimento del danno, che poi "sarebbe stato quantificato con apposita perizia a termini di polizza", era invece depositata il 14 febbraio 1991.

Va inoltre ricordato che con comparsa del 20 luglio 1991 la convenuta assicurazione aveva chiesto "che vengano respinte in toto le richieste che il C.O.N.S." e quanto "formulato nella citazione del 14 febbraio 1991".

Andare a sostenere che non esisteva il "disaccordo" per l'*intervento* del terzo perito, come è previsto dal secondo capoverso del secondo comma dello stesso art. 18, ritenendo invece che esisteva già "la non intenzione di controparte C.O.N.S. di addivenire alla *nomina in via preventiva* di tale terzo perito", che è un altro tipo di "disaccordo", ma regolato a norma del quarto comma dello stesso articolo, è certamente sottile, ma non può ritenersi persuasivo.

Forse era intenzione della convenuta procedere su due distinti piani: mentre da un lato contestava il risarcimento del danno in sede giudiziale, eccedendo come l'impianto sportivo non fosse stato compreso nel rischio assicurativo, dall'altro lato, in sede di perizia contrattuale, contestava l'esistenza di quel "disaccordo", che portava all'intervento del terzo perito. Nel frattempo, ma *in via preventiva* soltanto, si assicurava la nomina del perito.

La reale situazione non è rappresentabile in questi termini, perchè invece si dovrà dichiarare che l'intervento del terzo perito è stato richiesto il 23 novembre 1991 dal perito nominato dall'attore. Considerato poi che in forza dell'ultimo comma dell'art. 19, "i periti sono dispensati dall'osservanza di ogni formalità", sembra sufficiente ritenere che il c.d. "disaccordo" - del secondo capoverso del secondo comma, naturalmente, quello per cui è legittimo l'intervento del terzo perito - tra i due periti si era ormai determinato, anzi era stato rilevato dal perito dell'attore. Pertanto si doveva soltanto dar corso alla perizia contrattuale di stima.

L'eccezione quindi non può essere accolta perchè non trova fondamento.

14) E poiché le spese e gli onorari del giudizio, a norma del § 272 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, seguono la soccombenza, nelle due cause riunite sono da porsi a carico della convenuta. Incide però su tale circostanza l'ultimo comma dell'art. 18 delle convenzioni generali di assicurazione, per cui la convenuta ha richiesto la nomina del terzo perito e il perito dell'attore ha invece richiesto l'intervento. E' qui convenzionalmente disposto che le spese "del terzo perito sono ripartite a metà", perciò dette spese sono da porsi a carico di entrambe le parti in ragione della misura prevista dalla clausola contrattuale riportata.

Comunque, tutte le spese e tutti gli onorari di giudizio saranno liquidati, *more solito*, con successivi e separati decreti, dopo l'esibizione delle rispettive note analitiche delle spese e degli onorari da parte dei procuratori delle parti attrici (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell'anno 1923, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1927, p. 9).

Zampoli Mario (Avv. L. Bacciocchi) : Ciavatta Aldo e Bruno (Avv. M. Nicolini) – Causa n. 318, anno 1989.

**Sentenza contumaciale – Opposizione – Ammissibilità – Requisiti.**

*Il condannato in contumacia può, alternativamente, proporre appello avverso la sentenza contumaciale, rinunciando così all'opposizione, oppure impugnare la decisione con il mezzo dell'opposizione avanti allo stesso giudice che l'ha emessa.*

*L'opposizione, tuttavia, è ammessa soltanto quando ricorrano i requisiti: a) la pronuncia è basata sullo stato di contumacia; b) il pagamento delle spese, degli onorari e dei danni derivanti dallo stato di contumacia.*

---

**FATTO**

Con atto di citazione in data 14 dicembre 1989 il signor Zampoli Mario conveniva avanti a questo Tribunale i signori Ciavatta Aldo e Ciavatta Bruno per sentirli condannare “in solido al pagamento della somma di L. 3.200.000.000 (tre miliardi duecentomilioni) per vera sorte oltre agli interessi maturati e maturandi dalla data di emissione dei singoli assegni fino al giorno dell'effettivo soddisfo; al pagamento su tali somme della svalutazione monetaria, nonché al pagamento di ogni altro danno derivante e conseguente all'inadempimento delle parti convenute. Con vittoria di spese ed onorari tutti del presente giudizio”. Chiedeva, inoltre l'attore il sequestro conservativo presso tutte le banche sammarinesi “e primariamente presso la Cassa di Risparmio di San Marino”, fino alla concorrenza della somma di L. 3.700.000.000= di “tutte le somme esistenti su conti correnti e libretti di deposito e di risparmio intestati congiuntamente o disgiuntamente ai signori Ciavatta Bruno e Ciavatta Aldo e delle quali gli stessi abbiano disponibilità”, nonché di tutto “il contenuto delle cassette di sicurezza intestate agli stessi o a persone dagli stessi nominati”.

Esponeva l'attore di avere concesso ai convenuti un prestito di denaro pari a L. 3.200.000.000= e che tale somma avrebbe dovuto essere restituita dagli stessi convenuti con n. 8 assegni bancari tratti sul conto corrente n. 1983 intestato a Ciavatta Bruno ed acceso presso la Banca Agricola e Commerciale della Repubblica di San Marino. Il primo dei predetti assegni, firmato per traenza dal signor Ciavatta Bruno e per girata dal signor Ciavatta Aldo dell'importo di L. 600.000.000= e recante la data di emissione del 20 novembre 1989 era stato protestato per mancanza di fondi, e per gli altri assegni, in parte già scaduti, la banca aveva provveduto a comunicare l'esito negativo.

Con decreto in data 14 dicembre 1989 veniva accordato, a rischio e pericolo della parte istante, il richiesto sequestro di tutto quanto depositato presso le banche sammarinesi dai signori Ciavatta Aldo e Ciavatta Bruno.

All'udienza fissata per la costituzione delle parti, l'attore riproduceva la citazione, mentre non si costituivano i convenuti. Veniva quindi disposta la seconda citazione degli stessi, che rimanevano assenti.

Nel corso dei rituali termini probatori venivano ammessi documenti prodotti dall'attore. Sono quindi stati aperti i termini di prova a favore dei convenuti, e disposta la notifica dei relativi decreti ai convenuti.

Unitamente alle finali allegazioni la procura attrice ha prodotto "in manica" n. 7 documenti, e cioè le fotocopie dei rimanenti 7 assegni emessi dai convenuti a favore dell'attore con relativo atto di protesto.

La procura attrice concludeva chiedendo la condanna dei signori Ciavatta Aldo e Ciavatta Bruno "in solido al pagamento della somma di L. 3.200.000.000= (tremiliardiduecentomilioni) per vera sorte, oltre agli interessi maturati e maturandi dalla data di emissione dei singoli assegni fino al giorno dell'effettivo soddisfo; al pagamento su tali somme della svalutazione monetaria, oltre alle spese del presente giudizio".

Con sentenza depositata in data 8 ottobre 1991 questo Giudice, preso atto della avvenuta produzione in manica di documenti manifestamente rilevanti per la decisione, disponeva la riapertura dell'istruttoria, al fine di instaurare il doveroso contraddittorio sui documenti stessi.

Con comparsa in data 16 gennaio 1992 si costituivano i convenuti a mezzo procuratore, il quale avanzava opposizione alla sentenza mediante citazione dell'attore. In particolare i convenuti convenivano avanti a questo Tribunale l'attore per sentilo "dichiarare fondata la opposizione avanzata dai signori Ciavatta Aldo e Ciavatta Bruno, alla sentenza emessa nella causa ordinaria n. 318 anno 1989, per i seguenti motivi: a) la procedura seguita nella predetta causa ordinaria n. 318 anno 1989 non è stata conforme alla procedura vigente in questa Repubblica di San Marino; b) l'azione promossa dal sig. Zampoli è fondata su assegni rilasciati da oltre due anni, come si dimostrerà in corso di causa e pertanto l'azione cambiaria accordata a tali assegni è abbondantemente scaduta a mente dell'art. 64 della legge cambiaria, che in San Marino si applica anche agli assegni; 3) l'attore non ha comunque provato il credito; 4) l'attore comunque dovrà anche provare le cause e le motivazioni per le quali i signori Ciavatta hanno rilasciato gli assegni di cui è causa, il tutto con vittoria delle spese".

Introdotta l'opposizione, all'udienza fissata si costituivano le parti in causa.

Con comparsa in data 17 febbraio 1994 la procura attrice richiedeva "di intimare ai signori Ciavatta Aldo e Bruno di procedere al rimborso delle spese e degli onorari del giudizio contumaciale, specificate nella suddetta somma di lire 17.840.000, entro il termine di dieci giorni correnti dalla notifica ai Ciavatta di questa istanza e dell'emanando decreto", richiamando la disciplina vigente in questa Repubblica per l'opposizione alla sentenza contumaciale.

Nel termine concesso con decreto in data 18 febbraio 1994, i convenuti non provvedevano al pagamento delle spese e degli onorari, onde con decreto in data 24 marzo 1994 veniva dichiarata la decadenza dell'opposizione spiegata dai convenuti medesimi.

Venivano successivamente aperti i termini per la produzione dei documenti prodotti in manica.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All'udienza straordinaria del 4 agosto 1994 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo era trattenuto per la decisione. La procura attrice ha concluso chiedendo "condannare in solido i convenuti Ciavatta Bruno e Ciavatta Aldo al pagamento, in favore dell'attore Zampoli Mario, della complessiva somma di L. 3.200.000.000 [...]. Sulla detta somma, in applicazione del

principio "dies interpellat pro nomine", devono essere corrisposti gli interessi, alla legale ragione del sette per cento, dalla data dell'elevato protesto di ogni singolo assegno fino a quella dell'effettivo soddisfo. [...] Il Magistrato dovrà altresì accordare la rivalutazione della somma dovuta dai debitori. [...]. Il procuratore dell'attore richiede infine che l'emananda sentenza sia munita della clausola di provvisoria esecuzione. [...] Le spese del giudizio seguono la soccombenza e pertanto a carico solidale dei convenuti va totalmente posta sia la somma già liquidata di lire 17.840.000 relativa al giudizio contumaciale, sia quella relativa a questa fase finale del giudizio, da liquidarsi con successivo e separato provvedimento, previa esibizione di analitica nota da parte di questo procuratore".

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo "respingersi le richieste del sig. Zampoli perché i documenti provanti il credito non sono stati prodotti in procedimento costituito con citazione il cui *petitum* prevedesse tale richiesta, il tutto con vittoria delle spese".

### DIRITTO

1. La presente causa giunge a definizione dopo che è stata emessa sentenza interlocutoria con la quale veniva ordinata la riapertura dell'istruttoria per consentire alla parte attrice di produrre i documenti prodotti "in manica". Tuttavia, dopo la pubblicazione della sentenza interlocutoria, i convenuti, rimasti contumaci nella prima fase del giudizio, si costituivano a mezzo procuratore, dichiarando di avanzare opposizione alla sentenza contumaciale. Con decreto in data 24 marzo 1994 veniva dichiarata la decadenza dell'opposizione avanzata, e si procedeva nella fase istruttoria introdotta dalla riassunzione del giudizio da parte della procura attrice dopo la sentenza interlocutoria.

Al riguardo la procura convenuta eccepisce che i documenti sarebbero stati prodotti nella causa di opposizione e dunque tale produzione sarebbe "ultra petita".

Si deve subito esaminare tale eccezione, e contestualmente sciogliere la riserva formulata con decreto in data 10 febbraio 1992 in relazione alla ammissibilità della spiegata opposizione.

*Osserva la giurisprudenza sammarinese - riportata ad unguem da T.C. GIANNINI, Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, San Marino, 1967, p. 90 - che "il condannato in contumacia ha due vie da scegliere: o direttamente appellarsi, contro la sentenza contumaciale di primo grado, al giudice delle appellazioni - e così con l'appello si rinuncia implicitamente all'opposizione - oppure impugnare la prima sentenza col mezzo dell'opposizione davanti allo stesso giudice che l'ha pronunciata e in seguito proporre eventuale appello contro la sentenza che ha pronunciato sulla opposizione. La opposizione alla sentenza contumaciale non è ammessa in tutti i casi, ma solo in quelli in cui la condanna non è basata su prove sicure" (sentenza del Commissario della Legge in data 15 ottobre 1960, in Giur. Samm., 1964, fasc. 2, p. 229. Cfr., nello stesso senso, la sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni in data 10 agosto 1966, in Giur. Samm., 1964-69, p. 157). In particolare, tra i presupposti dell'opposizione sono annoverati: "a) la pronunzia sia basata sullo stato di contumacia; b) siano state pagate le spese e i danni derivanti dal fatto della contumacia" (sentenza del Commissario della Legge in data 21 ottobre 1953, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 311), e ciò, citando a sostegno l'autorità del Richeri, "sia perché <<quis iudicis auctoritatem contumax contemnere videtur>> sia perché il contumace può essersi*

*presentato allo scopo di portare in lungo la controversia nell'intento di stancare l'avversario: <<quare restituatur jubetur omnia damna adversario inflicta sive circa ingressus litis, sive circa honoraria advocatorum vel alias causas, quae in iudicio versantur, aestimatione iudicis quantitate eorum definienda>>" (sentenza del Commissario della Legge in data 31 agosto 1953, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 306).*

Nella specie l'opposizione - dichiarata decaduta a seguito del mancato versamento da parte dei convenuti delle spese del giudizio contumaciale nel termine concesso con decreto in data 18 febbraio 1994 - deve essere dichiarata anche non ammissibile.

Intanto la sentenza avverso la quale i convenuti spiegano opposizione non è una sentenza di condanna, bensì una sentenza interlocutoria che riapre l'istruttoria al fine di acquisire regolarmente agli atti ed instaurare il doveroso contraddittorio sui documenti prodotti in manica dalla parte attrice. Manca dunque il primo presupposto richiesto dalla allegata giurisprudenza, e cioè che la condanna sia stata pronunciata sulla base della sola contumacia e non su documenti certi. Inoltre, il mancato versamento delle spese, il cui pagamento era stato intimato ai convenuti con decreto di questo giudice, ha costituito il doveroso presupposto della dichiarazione di decadenza dell'opposizione, pure ammessa con riserva, tanto più se si tiene conto del fatto che gli opposenti sono rimasti inerti per circa due anni, nulla hanno prodotto e dedotto in relazione alla spiegata opposizione.

A ciò si aggiunga che la decadenza dell'opposizione - ed anche la dichiarazione di inammissibilità - non pregiudicano affatto i diritti dei convenuti, ai quali compete il diritto di appello avverso la presente sentenza.

Si deve infine rilevare che l'apertura dei termini di prova per l'ammissione dei documenti prodotti in manica e la conseguente ammissione degli stessi è stata effettuata dopo la dichiarazione di decadenza dell'opposizione, e, dunque, dopo la chiusura della relativa fase processuale, e che i relativi decreti sono stati notificati alla procura convenuta, che nulla ha eccepito in merito.

2. Passando dunque all'esame del merito, si osserva che la parte attrice esperisce la presente azione per ottenere dai convenuti il pagamento della somma di L. 3.200.000.000= portata da otto assegni tratti sul conto corrente n. 1983, aperto presso la Banca Agricola e Commerciale della Repubblica di San Marino, intestato al signor Ciavatta Bruno. Tali assegni non sarebbero stati pagati dalla banca alla presentazione per l'incasso per mancanza di fondi sul predetto conto corrente.

La procura attrice produce, a prova di tale credito, la fotocopia dell'assegno n. 1419086 portante la somma di L. 600.000.000=, presentato alla Banca Agricola e Commerciale in data 20 novembre 1989, recante la sottoscrizione del signor Ciavatta Bruno, indicante quale beneficiario la s.a. S.A.T.I.S., e girato a Zampoli Mario, con relativo atto di protesto del notaio Giuseppe Lonfermini; le fotocopie di sei assegni (nn. 1419097, 1419098, 1419094, 1419093, 1419096 e 1419095) tutti recanti la sottoscrizione di Ciavatta Bruno e indicanti quali beneficiario il signor Ciavatta Aldo e da questi girati al signor Zampoli Mario, portanti complessivamente la somma di L. 2.000.000.000=, presentati alla Banca Agricola e Commerciale in data 6 dicembre 1989; nonché fotocopia dell'assegno n. 1419087, recante la sottoscrizione del signor Ciavatta Bruno e indicante quale beneficiario il medesimo Ciavatta Bruno, girato al signor Zampoli Mario, portante la somma di L. 600.000.000= e presentato alla Banca Agricola e Commerciale in data 6 dicembre 1989.

La procura attrice, infine, ha prodotto "in manica", poi nel termine all'uopo concesso a seguito della riapertura dell'istruttoria - e comunque dopo la dichiarazione di decadenza

dell'opposizione alla sentenza contumaciale - gli atti di protesto in data 14 dicembre 1989 dei sette assegni prodotti in fotocopia in uno con l'istanza di citazione.

*Si osserva, in primis, che, come è noto, nell'ordinamento sammarinese l'assegno non è soggetto ad alcuna disciplina speciale. In proposito vale dunque quanto statuito dalla giurisprudenza sammarinese che si è occupata dell'argomento.*

*In un primo tempo la giurisprudenza aveva escluso la possibilità di applicare all'assegno bancario la disciplina dettata per la cambiale, con la conseguenza che esso doveva essere regolato dagli ordinari principi di diritto in materia di obbligazioni, vale a dire: "lo chèque o assegno bancario è una comune obbligazione contenente l'indicazione fatta dal debitore, di una persona che deve pagare in sua vece (mandato di pagamento); 2) detta indicazione non produce novazione [...]; 3) il mandante deve rispondere del non essersi posto in grado di obbligare la persona indicata di eseguire o assumere il pagamento; 4) le due parti che hanno consentito all'obbligazione non possono revocarla a pregiudizio dell'altra o nel loro interesse; 5) il terzo, indicato per il pagamento, non contrae alcun obbligo fino a che non si sia assunto il pagamento; 6) il creditore che accetta siffatto modo di pagamento deve fare le diligenze opportune per riscuotere ed è responsabile dei danni arrecati dalla sua negligenza o dalla sua colpa" (sentenza del Commissario della Legge in data 8 agosto 1934, Giur. Samm., 1933-34, p. 108). Successivamente è prevalsa, invece, la tesi della applicabilità all'assegno della disciplina della cambiale: "l'assegno bancario è da equipararsi ad una cambiale a vista tratta su un banchiere, per cui è applicabile, per quanto possibile, la disciplina cambiaria (pur tenendo presente la diversa funzione economica dei due titoli: strumento di credito la cambiale, strumento di pagamento l'assegno, destinato ad agevolare la esecuzione del pagamento). Di conseguenza deve affermarsi: a) che l'assegno bancario è valido titolo per la prova dell'obbligazione a carico di chi l'ha rilasciato; b) che, tratto a vista, deve essere pagato immediatamente senza che possano essere accordate dilazioni di uso o di favore" (sentenza del Commissario della Legge in data 8 ottobre 1964, in Giur. Samm., 1964-69, p. 249. Nello stesso senso cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 11 dicembre 1950, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 247). Sulla scorta di tali principi, la stessa giurisprudenza ha affermato che "Alle azioni nascenti dall'assegno possono opporsi solo le eccezioni indicate dall'art. 7 del Codice Cambiario", vale a dire dalla legge approvata dal Consiglio Grande e Generale nella seduta del 23 agosto 1882, nota, appunto, come "Codice Cambiario", l'art. 7 della quale dispone: "alle azioni nascenti da obbligazione cambiaria il debitore non può opporre che le eccezioni di incompetenza, nonché quelle riguardanti la forma del titolo o la mancanza delle condizioni necessarie all'esercizio dell'azione ed infine le eccezioni personali a colui che la esercita, le quali ultime però non possono ritardare la esecuzione o la condanna al pagamento se non sono liquide o di pronta soluzione e fondate su prova scritta" (sentenza del Commissario della Legge in data 12 settembre 1983, nella causa civile n. 354 dell'anno 1981). Sempre ai sensi dell'art. 59 della citata legge "la mancanza totale o parziale di pagamento si prova mediante atto di protesto da farsi [...] nel primo giorno non festivo successivo a quello stabilito per il pagamento; scorso il qual termine, il possessore decade dalla azione di regresso".*

3. L'attore, che è l'ultimo giratario degli assegni bancari sopra descritti, esperisce dunque l'azione cartolare di regresso contro l'emittente-traente (posto che la banca trattaria non assume la veste di obbligato cartolare), e contro il primo giratario, chiedendo la condanna di questi in solido tra loro.

Ne consegue che con la produzione degli assegni e degli atti di protesto l'attore ha fornito, in base alla richiamata disciplina, la prova della sussistenza dell'obbligazione e del mancato pagamento.

Si deve poi osservare che effettivamente l'emittente ed il primo giratario dell'assegno assumono la veste di obbligati in solido, onde a ciascuno può essere richiesto l'intero, salva poi l'azione di regresso *pro quota* di colui che ha pagato verso il condebitore solidale.

**I debitori sono infatti obbligati in solido quando le obbligazioni derivano dalla stessa fonte ed hanno ad oggetto un'unica prestazione, pur se con diverse modalità: “si dice che vi hanno due co-promittenti ovvero sia condebitori (rei promittendi seu debendi), quando due o più individui, ciascuno in solido, nello stesso e medesimo tempo, promettono in principalit  la medesima cosa, colla intenzione di costituirsi bens  individualmente debitori della cosa per intero, ma di dovere poi tutti insieme corrispondere una cosa soltanto”** (J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XLV, tit. II, n. 1).

**Coloro che insieme sottoscrivono una cambiale o un assegno assumono, appunto, la veste di condebitori solidali** (cfr. sentenza del Commissario della legge in data 14 giugno 1933, in *Giur. Samm.*, 1933-34, p. 41 s.), **cos  come pure l'emittente ed il prenditore-giratario verso l'ultimo giratario** (cfr. gli artt. 71-74 del codice cambiario). *Nelle obbligazioni solidali passive ciascun debitore, dunque,   tenuto per l'intero, e il creditore pu  quindi esigere l'adempimento totale dell'obbligazione dall'uno o dall'altro a sua scelta. La facolt  del creditore di scegliere il debitore dal quale esigere l'adempimento non esclude che egli possa esercitare il suo diritto contemporaneamente nei confronti di tutti gli obbligati, esigendo da ciascuno il pagamento per l'intero. Conseguito il pagamento da parte dell'uno il creditore non pu  tuttavia persistere nel pretendere il pagamento da parte degli altri, ma fino a quando il creditore non abbia conseguito l'adempimento la scelta di un debitore non gli preclude la facolt  di esigere l'adempimento dagli altri condebitori e di agire separatamente nei loro confronti: "per effetto della costituzione di due condebitori o concreditori conseguita, che in virt  di siffatte obbligazioni e stipulazioni ciascheduno degli stipulanti pu  ripetere l'intero, e che ciascheduno dei promittenti e debitore dell'intero, attalch  pu  ciascheduno di quelli domandare l'intero a ciascuno di questi"* (J. VOET, *op. loc. cit.* n. 4).

4. Deve dunque riconoscersi che, sulla sorta dei documenti prodotti, risulta provato il credito vantato dall'attore verso i convenuti, obbligati in solido al relativo pagamento.

La procura convenuta, nell'atto introduttivo del giudizio di opposizione afferma che “l'azione promossa dal signor Zampoli   fondata su assegni rilasciati da oltre due anni, come si dimostrer  in corso di causa e pertanto l'azione cambiaria accordata a tali assegni   abbondantemente scaduta a mente dell'art. 64 della legge cambiaria, che in San Marino, si applica anche agli assegni” e che “l'attore non ha comunque provato il credito”.

Tali eccezioni sono infondate e pertanto devono essere respinte.

Secondo l'allegata giurisprudenza l'assegno   valido titolo dell'obbligazione ed inoltre   equiparabile ad una cambiale a vista tratta su un banchiere. L'art. 64 della legge cambiaria stabilisce che “l'azione cambiaria verso l'accettante che non paga   indipendente dall'atto di protesto, e si prescrive col decorso di due anni dal d  della scadenza”. Si osserva peraltro che tale disposizione disciplina l'azione diretta verso il trattario, che, nella specie   la banca, la quale non assume la veste di obbligato cartolare,

ed inoltre, siccome “la cambiale a vista scade all’atto della presentazione” (art. 43 della legge cambiaria), la prescrizione decorrerebbe dal giorno della presentazione alla banca per il pagamento, e non dal giorno della consegna materiale dei titoli al portatore degli stessi, con la conseguenza che anche se si trattasse di azione diretta, questa non sarebbe prescritta.

A ciò si aggiunga che nessuna prova hanno fornito i convenuti, i quali non hanno nemmeno formalmente sollevato alcuna delle eccezioni c.d. cambiarie, le sole ammissibili.

La sussistenza e la prova dell’obbligazione cartolare esclude poi l’obbligo per l’attore di provvedere alla prova del rapporto causale.

5. In definitiva i convenuti devono essere condannati in solido fra loro al pagamento in favore dell’attore della somma di L. 3.200.000.000=.

Su tale somma devono essere riconosciuti gli interessi alla legale ragione del 7%. Trattasi di interessi moratori, i quali rappresentano nelle obbligazioni pecuniarie i danni derivanti dal ritardo nell’eseguirle (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1947, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 191). Secondo il diritto romano, e, successivamente, secondo il diritto comune, la mora si verifica nelle obbligazioni a termine, alla scadenza del termine (in tal caso la mora si verifica *ex re*, secondo il brocardo “*dies interpellat pro nomine*”), negli altri casi, quando il creditore abbia inutilmente chiesto l’adempimento, di modo che essa decorre dalla “*interpellatio*” (cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Lib. XXII, tit. I, nn. XXV e XXVI). Trattandosi di assegni pagabili a vista, gli interessi vanno riconosciuti dalla data del protesto di ciascun assegno al saldo.

Va inoltre riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo gli indici ISTAT, a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla parte convenuta che non ha tempestivamente provveduto al pagamento. Tale danno deriva alla parte attrice dall’accertato minore potere d’acquisto della moneta, ed essa è stata costretta a subirlo per non avere avuto la disponibilità della somma conseguente al pagamento. Tale accertamento è da ritenersi un fatto notorio, perché è conoscenza diffusa e comune, e pertanto, ai fini di causa, risulta ampiamente provato.

6. Deve inoltre essere confermato il sequestro delle somme rinvenute in conti correnti, nonché delle somme, titoli e valori contenuti in cassette di sicurezza esistenti presso gli istituti di credito di questa Repubblica, eseguito dall’ufficio cursorile in data 14 dicembre 1989.

La procura attrice richiede inoltre che alla presente sentenza sia accordata la provvisoria esecuzione.

**La dottrina rileva che la provvisoria esecuzione può essere accordata dal giudice “quando ricorra un giustificato timore di danno nel ritardo”, sulla scorta di quanto previsto espressamente dall’art. 45 della legge 10 dicembre 1884, “salvo l’imporre, se opportuna, una cauzione” (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, cit., p. 161 s.), e risulti, comunque, il buon diritto dell’istante (sentenza del Commissario della Legge in data 16 maggio 1973, *Giur. Samm.* 1970-80, p. 314).**

Nella specie non risulta provato il danno derivante dal ritardo nell’esecuzione. Intanto esiste un provvedimento di sequestro che costituisce un vincolo di indisponibilità su beni di proprietà dei convenuti rinvenuti nel territorio di questa Repubblica. A ciò si aggiunga anche l’inerzia dell’attore che a seguito dell’instaurarsi del giudizio di opposizione nulla



ha fatto, detto e dedotto per circa due anni, mostrando di non sopportare alcun danno in conseguenza del ritardo nel pagamento.

Si ritiene pertanto di non dover accogliere la domanda di provvisoria esecuzione.

7. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto, vanno posti a carico della parte convenuta sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

## 121.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 21 settembre 1994.

Busignani Vincenzo (Avv.ti R. e A. Bonelli) : Busignani Avv. Giovanni Battista (costituitosi in proprio) : Busignani Geom. Luigi (Avv. G.L. Berti) – Causa n. 93, anno 1992.

### **Comunione – Divisione – Procedimento di volontaria giurisdizione – Irritualità – Divisione volontaria – Transazione.**

*L'actio communi dividendo, cioè la domanda di divisione di beni comuni, non può proporsi né risolversi in sede di giurisdizione volontaria, avendo un contenuto sicuramente contenzioso, da definirsi sempre con sentenza.*

*Il giudizio di divisione tra fratelli deve risolversi con il compromesso necessario ai sensi delle disposizioni statutarie.*

*Il volontario atto di divisione intervenuto tra fratelli è da considerarsi una transazione; non trova quindi fondamento l'eccezione di lite finita.*

---

## FATTO

Con istanza di citazione depositata il 28 febbraio 1992 l'attore ha chiamato in giudizio avanti questo Tribunale i due suoi fratelli, convenuti per sentirli "addivenire alla stipulazione del compromesso necessario avente per oggetto la dichiarazione di nullità per lesione di una delle parti dell'accordo in data 27 giugno 1991, con designazione degli arbitri e dei periti per la successiva determinazione dell'equo progetto di divisione dei terreni indicati in premessa; ovvero, in subordine, per sentire dichiarare la nullità per lesione enorme dell'accordo 27 giugno 1991, con quelle ulteriori disposizioni che saranno di ragione al riguardo della definizione del compromesso necessario tra le parti; il tutto con le disposizioni di legge e di ragione per le spese dell'intera procedura, onorari di avvocato compresi".

Lamenta l'attore che in data 14 maggio 1991 il convenuto, Geom. Luigi Busignani, fratello dell'attore e dell'altro convenuto, Avv. Giovanni Battista Busignani, depositava personalmente istanza per addivenire alla divisione di terreni agricoli, posti in Chiesanuova, distinti a catasto Terreni, al f. 58, nn.98, 381, 382, e 383, di proprietà delle parti in ragione di un terzo (1/3), nonché di un fabbricato industriale con annesso

agiamento, sito in Chiesanuova, distinto al Catasto Fabbricati al f.58, n.345, di proprietà per il 70% dell'attore, sig. Vincenzo Busignani, e per il 30% di proprietà del convenuto, Geom. Luigi Busignani.

Lamenta inoltre l'attore che S.S. Ill.ma il Commissario della Legge, considerato che la vertenza aveva luogo tra fratelli, ha disposto la stipulazione del compromesso necessario, ma che alla udienza stabilita a detto scopo, comparse tutte le parti e principalmente "per le insistenze di Busignani Luigi", si è addivenuti ad un accordo di massima per la divisione dei terreni di comune proprietà tra i fratelli, attribuendo ai medesimi un identico valore unitario, sul presupposto di una loro destinazione esclusivamente agricola.

Lamenta altresì l'attore che, a distanza di appena un mese dall'accordo, è emerso invece che, tramite la presentazione del Piano Regolatore Generale del territorio, una parte del terreno oggetto della divisione è edificabile, anche se a seguito di convenzione con la Pubblica Amministrazione: un tale mutamento nella destinazione non coinvolge però la parte di terreno spettante all'attore, penalizzandolo gravemente.

Lamenta infine l'attore, che i terreni ad esso assegnati hanno un valore notevolmente inferiore a quelli assegnati ai fratelli condividenti, e che in tal modo egli non ha raggiunto la quota di sua giusta spettanza, subendo una lesione consistente, valutabile *ultra dimidium*, nel presupposto che, data l'importanza del Piano Regolatore Generale, "la destinazione dei terreni oggetto della vertenza fosse già nota ad alcuna delle parti o, almeno, circolasse la notizia di tale situazione negli ambienti tecnici e specialistici del settore".

In ottemperanza della Rub.LX del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, accordato a tutti il termine di otto giorni correnti, è stato ordinato di voler provvedere alla nomina dei due arbitri, ai quali è stato anche demandato di procedere alla nomina del terzo arbitro, avvertendo che in difetto della nomina del terzo arbitro si deve dare immediata applicazione al § 422 della stessa Rub.LX.

Si è costituito in atti il convenuto, Geom. Luigi Busignani, che ha immediatamente eccepito che esiste "sulla stessa materia del contendere (divisione dei beni) e per gli stessi beni altro procedimento" - fascicolo di volontaria giurisdizione n. 73 dell'anno 1991 - ove le parti avrebbero raggiunto l'accordo con il verbale del 27 giugno 1991, "designando perito per la divisione in via compromissoria". In conseguenza sempre il convenuto, Geom. Luigi Busignani, eccepisce anche: "a) che il citato procedimento fascicolo 73/1991 deve avere esecuzione; b) che non può aversi altro giudizio sulla stessa materia e fra le stesse parti; c) che deve ritenersi la lite finita per transazione compromissoria fra le parti, secondo le norme di cui alla Rub. LX del Libro II, la quale non può invocarsi una seconda volta per la stessa materia del contendere e fra le stesse parti". Lo stesso procuratore conclude per la revoca "del decreto 24 giugno 1992 e dichiararsi l'improcedibilità circa il compromesso necessario, che è già avvenuto".

Ha replicato l'attore sostenendo che in via principale ha svolto "azione per lesione enorme", e che la sua richiesta è di "dichiarazione di nullità del precedente accordo". A tale istanza il convenuto non può opporsi, trattandosi "di azione autonoma e nuova, da risolversi solo dopo l'opportuna idonea procedura, da determinare tra quella ordinaria giudiziale e quella arbitrale". Replica anche sostenendo, che il "compromesso necessario relativo alla divisione dei beni tra coeredi, nella specie fratelli, in realtà non riveste alcuno degli aspetti di tale procedura", perché "non si è proceduto alla stipulazione del compromesso [...], né alla designazione degli arbitri", ma le parti hanno affidato ad un

solo perito di predisporre possibili soluzioni. Qualifica poi tale attività, non come un compromesso arbitrale, “bensì come un accordo *inter partes* assunto sulla base di una proposta di un perito di comune fiducia”. Replica infine che l’accordo raggiunto in quella sede, non è una transazione compromissoria, perché “se è vero che il c.d. compromesso necessario è atto giudiziario [...] ne risulta che una eventuale transazione sul medesimo oggetto non realizza il compromesso” statutario.

Si è poi costituito il terzo convenuto, Avv. Giovanni Battista Busignani, che, sulla previsione che il Piano Regolatore Generale possa avere altri sviluppi, “propone di sospendere il corso della presente procedura”. Ha dedotto l’attore che, lasciando impregiudicata la sua domanda, non esclude di aderire alla sospensione: ma il convenuto, Geom. Luigi Busignani, ha ribadito invece “il contenuto della sua comparsa”, e quindi delle sue eccezioni. L’attore pertanto ha replicato insistendo sulla “necessità di verificare l’equità della proposta di divisione” già predisposta, perché si riferisce a pretesa lesione, rendendosi necessario effettuare il compromesso, perché lite tra fratelli, rivendicando l’inesistenza di precedente compromesso.

L’attore dunque insiste in via principale perché venga disposta “l’esecuzione del compromesso necessario avente per oggetto la richiesta di dichiarazione di nullità per lesione enorme della transazione raggiunta tra i fratelli Busignani in ordine alla divisione dei terreni di loro proprietà e quindi confermare il decreto commissariale già emesso”. In via subordinata chiede invece di “dare corso alla procedura giudiziale ordinaria per la necessaria istruttoria”. Il convenuto, Geom. Luigi Busignani, insiste invece sull’eccezione “di finita lite in riferimento a compromesso che sarebbe stato compiuto sul medesimo oggetto”. Con decreto 28 ottobre 1992 in ragione del § 436 della Rub. LX del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, e in particolare ove è disposto che, essendo stata allegata causa di giusto impedimento, se ne deve perlomeno “prendere cognizione sommaria”, trattandosi di questione formale, si è ritenuto che la mancata soluzione preclude in ogni caso l’accesso al merito. E poiché l’eccezione è di lite finita e perentoria e non può essere riservata, a norma del §§ 114 e 116 della Rub. VI del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, con decreto 28 ottobre 1992, sono stati assegnati i quattro giorni utili a tutte le parti per dare e rispettivamente combattere le prove dell’eccezione, dopodiché è stato aperto il termine ad allegare.

Nei termini di prova è stato allegato il fascicolo di volontaria giurisdizione n. 73 dell’anno 1991 ed è stato assunto quale testimone il tecnico che ha preparato le possibili soluzioni per il contestato accordo.

Risulta dai documenti che il convenuto, Geom. Luigi Busignani, ha personalmente richiesto a S.S. Ill.ma il Commissario della Legge di citare i suoi due fratelli, oggi rispettivamente attore, sig. Vincenzo Busignani, e convenuto, Avv. Giovanni Battista Busignani “a comparire all’udienza che la S.V. vorrà fissare per ivi sentirsi designare un perito giudiziario al quale affidare la ripartizione degli immobili di cui sopra e su quella pronuncia per sentirsi ordinare la divisione giudiziale dei beni medesimi”.

S.S. Ill.ma il Commissario della legge ha ritenuto che tale domanda, giacché ha chiamato in causa tre fratelli, fosse controversia che “deve essere decisa mediante compromesso necessario” a norma del § 415 e segg. della Rub. LX del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, fissando la personale comparizione delle parti “per la stipulazione del compromesso, per la designazione degli arbitri e dei periti”.

All’udienza del 27 giugno 1991 comparivano i tre fratelli, oggi rispettivamente attore e convenuti, che avanti al Magistrato e senza l’assistenza di avvocati, “convengono di

procedere alla divisione dei terreni attualmente di comune proprietà, sulla base della planimetria che viene allegata al [...] verbale [...] conferendo al notaio [...] l'incarico di procedere al pubblico atto di divisione, in modo che a Giovanni venga attribuito l'appezzamento di terreno indicato con il colore blu; a Luigi quello contrassegnato con il colore verde; a Vincenzo quello contrassegnato con il colore rosso”.

Create poi alcune servitù di passaggio, che sulla sollevata eccezione di lite finita sono del tutto influenti, nella suddetta udienza si è anche stabilito che “per quanto riguarda invece la divisione delle [...] quote del 70 e del 30 per cento a Vincenzo e Luigi dell'immobile ad uso industriale, i fratelli interessati convengono di conferire incarico al Geom. Valli Francesco di formulare diverse ipotesi di materiale divisione dell'immobile che tengano conto soprattutto della sua attuale destinazione ad edificio industriale”. E aggiungono che “i due fratelli interessati vaglieranno l'ipotesi che il perito incaricato formulerà”.

Infine - sempre nella stessa udienza - si è precisato che “il pubblico atto di divisione dei terreni nella forma sopra concordata verrà stipulata a ministero del pubblico notaio [...] dopo l'esecuzione dei necessari frazionamenti interessanti le definitive proprietà con riferimento anche a quello relativo all'area di accesso” all'edificio industriale.

In data 14 agosto 1991, l'attuale attore, sig. Vincenzo Busignani, esponendo che “nell'incontro del 27 giugno 1991 venne siglata una proposta di divisione di terreni agricoli”, lamenta che “emerge ora che il piano regolatore generale del territorio, presentato in prima lettura al Consiglio Grande e Generale il 26 luglio 1991, trasforma parte del terreno assegnato a Busignani Luigi, da terreno agricolo a terreno edificabile”, significando anche che “uguale sorte, in parte tocca al terreno assegnato a Giovanni Busignani”, con tutte le conseguenze di aumento di valore del caso. Chiede pertanto “che il Giudice non avalli una ingiustizia”, e che un congruaglio a suo favore “sembra più che legittimo e doveroso da parte degli altri” due fratelli.

Il giorno 20 di agosto del 1991 avanti a S.S. Ill.ma il Commissario della Legge, sempre in sede di esercizio di Volontaria Giurisdizione - si deve supporre spontaneamente, perché manca ogni decreto di convocazione -, “sono comparsi il Geom. Luigi Busignani ed il perito incaricato Geom. Francesco Valli”. L'attuale convenuto, Geom. Luigi Busignani, dopo aver preso atto dell'esposto, depositato dal fratello Vincenzo Busignani, e dopo aver dichiarato che ritiene “completamente infondato ed inaccettabile quanto dal medesimo richiesto”, denuncia che l'esposto stesso è “estremamente pregiudizievole nei suoi confronti”, respinge “le infondate accuse”, e dichiara “che è sua esplicita volontà di portare a definizione ogni accordo legittimamente intervenuto tra i fratelli condividenti nella [...] udienza del 27 giugno 1991”, esprimendo anche riserve di azioni opportune.

Depositata la perizia, dove sono state preparate le ipotesi di divisione dell'opificio e dell'adiacente terreno tra l'attore, Vincenzo Busignani, e il convenuto, Geom. Luigi Busignani, è stato nominato un nuovo notaio per perfezionare la divisione, avendo il precedente rinunciato all'incarico. Nonostante le formali richieste, davanti al nuovo notaio l'atto non è stato perfezionato, perché l'attuale attore, Vincenzo Busignani, non ha aderito all'invito del notaio. L'attore infatti ha contestato in atti i valori di stima del perito, rifiutando su questa base un accordo, o meglio un'acquisto o una vendita. E' intervenuto pertanto negli atti di volontaria giurisdizione per la prima volta l'attuale procuratore del convenuto, Geom. Luigi Busignani, per chiedere “a S.S. Ill.ma il Commissario della Legge di voler pronunciare una decisione sulla divisione

relativamente al suddetto fabbricato nel senso di voler dare esecuzione alla perizia d'ufficio redatta dal Geom. Francesco Valli in data 28 ottobre 1991".

Il testimone sentito nella causa, che è poi il Geom. Francesco Valli, ha chiarito come avesse presentato una prima ipotesi di divisione anche dei terreni intestati ai tre fratelli Busignani, poi non accettata, e come avesse avuto l'incarico "di procedere al frazionamento relativamente all'ipotesi di divisione accettata avanti al Commissario della Legge dai fratelli Busignani" per cui il suo "compito si esaurito con l'esecuzione del tipo di frazionamento".

Su istanza del procuratore dell'attore è stato nominato un perito giudiziario "per la determinazione del valore dei terreni assegnati a ciascuno dei fratelli". Avverso tale decreto ha proposto opposizione il procuratore del convenuto, Geom. Luigi Busignani, eccependo che in questa sede si discute soltanto dell'eccezione di lite finita, che deve essere immediatamente decisa, mentre la suddetta perizia riapre "la questione della nullità dell'accordo per lesione enorme", che riguarda il merito della presente vicenda e non l'eccezione di lite finita.

Replica l'attore, sig. Vincenzo Busignani, che nei termini "entrambe le parti hanno introdotto le prove ritenute necessarie ed utili", sulle quali rivendica ogni libertà "nella scelta dei mezzi di difesa, purché restino nell'ambito del legittimo e del consentito". Ribadisce comunque che il tema della decisione resta quello stabilito dal decreto commissariale del 28 ottobre, e cioè la definizione di lite finita.

Aperto il termine ad allegare, depositate le memorie si è provveduto all'irrotulazione: la causa, posta *pro servato*, è stata trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore della parte attrice, Sig. Vincenzo Busignani, ha così concluso: "respingersi l'eccezione sollevata da controparte in quanto del tutto infondata, stante la mancanza di qualsiasi decisione giudiziale o arbitrale che abbia d'autorità definita la precedente lite. Si chiede respingersi l'eccezione, disporsi la prosecuzione della causa, condannarsi controparte al pagamento di spese ed onorari della fase incidentale da essa provocata e nella quale è soccombente".

Nelle sue finali allegazioni in diritto il procuratore della parte convenuta, Geom. Luigi Busignani, ha così concluso: "di voler accogliere l'eccezione di lite finita, avendo il compromesso necessario avuto luogo fra le parti ed essendosi concluso, per concorde volontà delle parti stesse, nel corso dell'udienza del 27 giugno 1991 innanzi a S.S. Ill.ma il Commissario della Legge, nella forma che assume anche il carattere definitivo di transazione. Quale conseguenza della superiore decisione si chiede ordinarsi: 1) che sia data piena esecuzione a quanto concordato fra le parti ed accettato da S.S. il Commissario della Legge nel fascicolo di Volontaria Giurisdizione n. 73/1991; 2) che sempre nel fascicolo di Volontaria Giurisdizione n. 73/1991 S.S. il Commissario della Legge pronunci una decisione sulla divisione relativamente al fabbricato, nel senso di voler dare esecuzione alla perizia d'ufficio redatta dal Geom. Francesco Valli in data 28 ottobre 1991, come già richiesto con istanza in data 31 agosto 1992; con condanna dell'attore al pagamento delle spese e degli onorari, anche peritali, del presente giudizio. *Ad abundantiam* si precisa che il convenuto Geom. Luigi Busignani ha provveduto in data 17 gennaio 1994 a depositare, pur non essendovi tenuto, assegno di importo pari a £. 1.500.000=, per l'onorario spettante all'Ing. Marino Grandoni quale compenso per l'esecuzione di perizia giudiziaria richiesta da parte attrice. Ciò ai fini di accelerare i tempi della vertenza che la controparte pare invece volutamente rallentare. Si chiede inoltre liquidarsi onorari e spese", analiticamente precisate in £.6.160.000=.

Nelle sue finali allegazioni in diritto l'altra parte convenuta, Avv. Giovanni Battista Busignani, ha così concluso: "si chiede quindi che, per quanto riguarda il sottoscritto e di conseguenza relativamente ai terreni, sia accolta la eccezione di lite finita, visto che, tra l'altro non sussistono motivi che giustificano l'impugnazione della avvenuta loro divisione".

## DIRITTO

1) Eccepisce dunque il convenuto che nel procedimento di volontaria giurisdizione, che ha preceduto la presente causa, sia stato posto in essere una "transazione compromissoria", che avrebbe definitivamente e autoritativamente terminato ogni controversia tra le parti in causa.

Va dichiarato che **la ordinaria domanda, proposta in sede di volontaria giurisdizione, era una invece una vera e propria *actio communi dividundo* - "sentirsi designare un perito giudiziario al quale affidare la ripartizione degli immobili [...] e su quella pronuncia per sentirsi ordinare la divisione giudiziale dei beni" -, cioè una domanda di divisione di beni comuni. Una tale azione non poteva né proporsi né risolversi in quella sede di giurisdizione volontaria, perché del tutto irrituale, in quanto aveva un suo contenuto sicuramente contenzioso. Quindi è per questa particolare ragione che l'istante, Geom. Luigi Busignani, ha richiesto di citare i due fratelli, fatto processuale del tutto improprio, se non del tutto irregolare, nell'esercizio della volontaria giurisdizione.**

**Si afferma in dottrina, anche se nel giudizio di divisione "non si ha una vera soccombenza", che di un giudizio si tratta, che termina sempre con sentenza (cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, R.S.M. 1967, p. 87). In ogni caso il giudizio di divisione non si può identificare con l'esercizio della *iurisdictio* [...] *quae exercetur solum inter volentes*, cioè con la volontaria giurisdizione.**

Va in proposito sottolineato che la giurisdizione contenziosa, che è poi l'ordinaria, dato che chiunque "in invitos, exerceri potest in iudicio, unde a contentione partium inibi contententium nomen desumpsit" - "costretto, può essere esercitata in giudizio, onde dalla tensione delle parti in quello stesso momento assume il nome di contendenti". Al contrario "ad voluntariae iurisdictionis exercitium non requiratur strepitus, seu processus iudicialis, nec opus sit iudicem pro Tribunali sedente, ideo nulla infertur iniuria iudici, in cuius Territorio [...] tales privatim actus exercentur" - "all'esercizio della volontaria giurisdizione non si richiede il rumore, o il processo giudiziario, né è necessario un giudice che siede in Tribunale, per questo non viene inferta nessuna severità dal giudice, nel cui territorio [...] tali atti privati sono eseguiti" (cfr. L. Ferraris, *Prompta biblioteca, canonica, iuridica, moralis, tomus quartus (I-L)*, ed. Venetiis 1727, p. 480, nu. 5).

Dato che in sede di volontaria giurisdizione non sarebbe stato possibile ad una sola parte istante citare in giudizio nessuno dei due fratelli, perchè costoro avrebbero quanto meno dovuto sottoscrivere spontaneamente la stessa istanza, non è quindi solo la circostanza, che i tre proprietari fossero fratelli, che ha imposto al Magistrato l'applicazione della Rub. LX del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, bensì anche il contenuto contenzioso dell'atto di citazione che si chiedeva di compiere.

**Nel regime di libertà delle forme degli atti nella dottrina del diritto comune sono stati individuati criteri interpretativi che investono gli atti introduttivi al giudizio,**

come l'istanza di citazione. Afferma dunque la dottrina che i cosiddetti “*verba libelli in dubio debent interpretari, ut intelligatur intentata illa via, quae magis pro actore facit*” - “nel dubbio le parole dell'istanza di citazione devono essere interpretate affinché sia intentata quella via che maggiormente giova all'attore” (cfr. A., *Consilia seu responsa, liber tertius, cons. 28, ed. Venetiis 1610, f. 43 va, n. 3*). L'affermazione della dottrina è da intendersi come enunciazione di un criterio ermeneutico generale per una ricerca di congruità ed efficienza di significati dell'istanza. Applicato all'istanza di citazione all'interno di un sistema che propugna la libertà delle forme, costringe il Magistrato a dar sempre corso all'istanza, quando sono presenti tutti gli elementi essenziali che costituiscono l'istanza stessa.

Così il Magistrato ha esplicitamente riconosciuto il contenuto contenzioso della irrituale istanza del Geom. Luigi Busignani proposta nell'impropria sede di volontaria giurisdizione, perché solo “le controversie tra stretti parenti devono essere devolute ad arbitrato obbligatorio ai sensi” delle disposizioni statutarie (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 21 gennaio 1967 nella causa n. 278 dell'anno 1966, in *Giurisprudenza Sammarinese, 1964 - 1969, p. 348*).

**L'istanza del Geom. Luigi Busignani dunque aveva natura contenziosa e prospettava irritualmente al Magistrato un'*actio communi dividundo* da risolversi - secondo le sagge disposizioni impartite dal Magistrato - con un compromesso necessario**, perché integrava le condizioni stabilite dai §§ 415 e 419 della Rub. LX del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

2) La dottrina precisa che nel giudizio arbitrale “il compromesso è il patto col quale le parti si obbligano a deferire ad uno o più arbitri la decisione della controversia” (cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese R.S.M. 1967, p. 115*). Nel caso, prospettato in sede di volontaria giurisdizione dal Geom. Luigi Busignani contro i due suoi fratelli, il Magistrato ha esercitato “l'obbligo e potestà [...] di costringere gli interessati a stare al compromesso” (cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese, R.S.M. 1967, p. 115*) e in tal senso li ha citati a comparire ad un giorno di udienza pubblica.

E' a questo punto che, nella procedura instaurata dal decreto del Magistrato del 5 giugno 1991, alla suddetta udienza del 27 giugno 1991 non si è formalmente dato luogo a nessuna “stipulazione del compromesso, per la designazione degli arbitri e dei periti”. Si è invece tradotta in atti, sia sul piano sostanziale che sul piano formale, una semplice divisione della proprietà comune tra i tre fratelli - “convengono di procedere alla divisione dei terreni attualmente di comune proprietà, sulla base della planimetria che viene allegata” - e una designazione di un perito per “formulare diverse ipotesi di materiale divisione dell'immobile che tengano conto soprattutto della sua attuale destinazione ad edificio industriale”.

In conclusione nell'un caso, come nell'altro, non si individua il compromesso necessario in arbitri, ma un atto di divisione, al quale mancavano solo le procedure di frazionamento per procedere al pubblico atto e una semplice elaborazione di proposte di divisione, anche alternative, da parte di un perito.

3) **L'atto di divisione intervenuto tra i fratelli, secondo la dottrina del diritto comune, è da considerarsi una transazione** “*quia divisio bonorum, seu hereditatis est transactio*” - “perché la divisione dei beni, o dell'eredità è una transazione”, sulla base di un noto frammento D. 2.14.35 (cfr. M. A. Blanci, *Tractatus de compromissis*

facientis inter coniunctos secundum statuta et de exceptionibus impredientibus litis ingressum, ed. Venetiis 1547, f.160r, nu. 27).

L'eccezione di lite finita sollevata dal convenuto, Geom. Luigi Busignani, cui ha aderito anche l'altro convenuto, Avv. Giovanni Battista Busignani, che tra le parti faccia stato una "transazione compromissoria", non trova alcun fondamento, proprio perchè il compromesso in arbitri non è mai stato stipulato, né si è avuta altra pronuncia.

Nell'atto intervenuto tra i tre fratelli all'udienza per la quale erano stati convocati dal Magistrato, potrebbe semmai essersi perfezionata una transazione, certamente non un compromesso in arbitri. Si ritiene in ogni caso che non esista la "transazione compromissoria", ma solo l'atto di divisione dei beni comuni. Nessuno in quella udienza ha manifestato la volontà di transigere, tutti invece hanno manifestato la volontà di dividere i beni comuni.

4) In ogni caso si potrebbe anche indagare se tra le parti se si è dato luogo ad un arbitrato irrituale: ciò non è possibile, perchè il Magistrato ha imposto l'arbitrato necessario, quale è contemplato dalla Rub. LX del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, il solo giudizio che per legge poteva avere luogo tra fratelli.

A quella udienza senza darne atto da parte di nessuno, né dell'Autorità Giudiziaria, né delle parti, cioè tacitamente, il compromesso necessario imposto dagli Statuti non poteva essersi trasformato nella figura giuridica dell'arbitramento. All'*arbiter*, senza esplicite forme processuali non può sostituirsi l'*arbitrator*, perchè "arbiter est qui inter partes iudicis assumit officium, non qui - arbitrator - amicabiliter componit" come, allegando Bartolo da Sassoferrato, ha ormai definitivamente deciso la giurisprudenza (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 10 gennaio 1967 nella causa n. 293 dell'anno 1966, in Giurisprudenza Sammarinese, 1964 - 1969, p. 347).

Senza perlomeno che ne fosse stato dato atto a verbale, non sarebbe ritualmente possibile trasformare un arbitrato rituale, quale è quello statutario, in un arbitrato irrituale, quale dovrebbe essere quello, che secondo la dubbia nozione della "transazione compromissoria", il convenuto pretende vedersi realizzato all'udienza del 27 giugno 1991.

Insegna la stessa giurisprudenza che **"la caratteristica che distingue l'arbitrato libero da quello rituale va ricercata nel conferimento, agli arbitri liberi, del potere di decidere la controversia in via di composizione amichevole e transattiva, attraverso un responso che, anziché ispirato alla rigida applicazione del principio fondamentale della funzione giurisdizionale di dare ragione a chi la merita, sia fondato prevalentemente sull'equitativo arbitrio (se non *arbitrium merum* almeno *arbitrium boni viri*) per un accomodamento transattivo"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 10 gennaio 1967 nella causa n. 293 dell'anno 1966, in Giurisprudenza Sammarinese, 1964 - 1969, p. 347).

Nonostante si debba ritenere che tra fratelli la norma statutaria non consente se non l'arbitrato rituale o necessario, nel verbale di udienza non si rinviene traccia alcuna di una trasformazione di un arbitrato necessario in un arbitrato irrituale.

Le parti, inviate a comparire per stipulare un compromesso, si sono presentate davanti al giudice con una divisione già elaborata ed accettata da tutti i tre fratelli, e con la volontà di veder ricercata una divisione per il solo bene di cui erano proprietari comuni due soli fratelli.



Se tutto questo ha un significato si deve dire che tra il decreto del Magistrato che imponeva l'arbitrato necessario e l'udienza stessa è stata raggiunto un accordo, perfezionatosi nella volontà delle parti, per la divisione di beni comuni.

Un tale atto, senza alcun pregiudizio per il merito, in linea di principio consente la proposizione di una istanza per una azione di "nullità per lesione enorme dell'accordo raggiunto fra le parti il 27 giugno 1991", sia davanti ad un collegio arbitrale sia davanti ad un Magistrato. L'accordo in questione non termina la lite, dato che in nessun modo può considerarsi né una decisione giudiziale, né una decisione arbitrale, con la quale sia stata definita autoritativamente una precedente lite.

5) Seguendo il principio della soccombenza le spese e gli onorari del presente giudizio incidentale vanno posti a carico delle due parti convenute, a norma del § 272 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, perché l'hanno processualmente provocata e voluta, prima del giudizio di merito. Comunque, tutte le spese e tutti gli onorari di giudizio saranno liquidati, *more solito*, con successivi e separati decreti, dopo l'esibizione delle note analitiche delle spese e degli onorari da parte del procuratore della parte attrice (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell'anno 1923, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1927, p. 9).

## 122.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 10 ottobre 1994.

D.B.L. (Avv.ti R. e A. Bonelli) : F.G. (Avv.ti D. Morganti e A. Selva) – Causa n. 140, anno 1993.

### **Matrimonio religioso – Effetti civili – Cessazione – Separazione di fatto dei coniugi – Irrilevanza.**

*Non è lecito al giudice attribuire alla eventuale separazione di fatto rilevanza alcuna ai fini della decorrenza del termine, prevista dalla legge per la dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 22 aprile 1993 la signora D.B.L. ha convenuto avanti a questo Tribunale il proprio consorte signor F.G. per sentirlo "dichiarare cessati gli effetti civili del matrimonio esistente fra le parti e celebrato nei termini di cui in premessa, con la decisione sulle spese che sarà di ragione".

Esponava l'attrice di avere contratto matrimonio con il convenuto in data 29 aprile 1954 a San Marino, con rito cattolico nella chiesa parrocchiale di San Marino, matrimonio regolarmente trascritto nei registri dello stato civile. Dalla loro unione erano nati due figli, attualmente maggiorenni. Nel corso dell'anno 1969 e definitivamente nell'anno 1970 il signor F.G. lasciava il domicilio coniugale per non farvi più ritorno. Dichiarava

l'attrice che di fatto i coniugi erano vissuti separati, senza addivenire alla formalizzazione della separazione "ma assumendo notoriamente tale stato di fatto, confermato anche da atti giudiziali e di stato civile che verranno esibiti in corso di causa", e che intendeva "ora dare definitiva e legale sistemazione di una situazione che la vede legalmente ancora coniugata con persona dalla quale è separata da oltre venti anni". Chiariva che tra le parti non si agitavano questioni economiche e patrimoniali "avendo il tempo sopito ogni eventuale volontà di valersi di diritti e legittime facoltà", e neppure "istanze circa l'affidamento dei figli, essendo questi maggiorenni e autonomi". All'udienza del 24 giugno 1993, fissata per la personale comparizione ai sensi dell'art. 127, comma IV, della legge 26 aprile 1986 n. 49, per l'attrice compariva l'avv. Antonella Bonelli, mentre per il convenuto si costituiva l'avv. Domenico Morganti. I procuratori davano atto che i rispettivi rappresentati non si erano potuti presentare e chiedevano l'apertura del termine ad allegare "non essendoci fra le parti motivi di contrasto".

Il Commissario della Legge apriva, invece, il primo termine probatorio.

La procura convenuta, nel corso della medesima udienza, depositava comparsa di costituzione in giudizio, nella quale affermava che il signor F. non si opponeva alla dichiarazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'attrice e dava atto della "più che venticinquennale residenza del F.G. in Francia, mai interrotta neppure saltuariamente".

Nel corso dei rituali termini di prova veniva chiesta l'allegazione agli atti del fascicolo relativo al procedimento penale n. 155 dell'anno 1969 promosso dalla attrice contro il convenuto per abbandono del tetto coniugale e bigamia.

Con decreto del Magistrato Dirigente in data 29 aprile 1994 la presente causa civile era assegnata a questo Giudice per la prosecuzione.

Aperto il termine ad allegare solo la procura attrice ha depositato in atti la memoria conclusionale. All'udienza del 29 settembre 1994 si addiveniva alla irrotulazione, dopo di che il fascicolo era posto in *pro servato*.

La procura attrice ha concluso chiedendo "accogliere la domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio esistente tra i signori D.B.L. e F.G. alla quale lo stesso convenuto non si è opposto, con la decisione sulle spese che riterrà equa, non agitandosi questioni patrimoniali di altro tipo".

## DIRITTO

1. L'attrice richiede dunque che venga dichiarata la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con il convenuto, ritenendo sussistere il requisito della separazione per il tempo richiesto dalla legge. Afferma infatti la procura attrice che nel nostro ordinamento "si sia voluta dare una rilevanza alla separazione di fatto. In tal modo si è riconosciuta la validità del computo, ai fini della dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio, del tempo trascorso dai coniugi separatamente senza riconoscimento dell'Autorità Giudiziaria".

Si rileva, in via preliminare, che l'apparato probatorio fornito dalla attrice è costituito da una fotocopia non autentica di un certificato in lingua francese con il quale si attesta che il convenuto è entrato sul territorio francese il 10 gennaio 1965, ma nella quale non è dato leggere la data di inizio della residenza, nemmeno in regola con l'imposta di bollo e registro, nonché del fascicolo relativo al procedimento penale n. 155 dell'anno 1969,

promosso dalla attrice contro il convenuto per abbandono del tetto coniugale, mancata corresponsione degli alimenti e bigamia.

Tale procedimento penale traeva origine da una denuncia querela della signora D.B.L., con la quale significava che il marito aveva lasciato il domicilio coniugale senza farvi più ritorno; la stessa attrice, a seguito di indagini esperite da investigatori privati, successivamente sporgeva denuncia contro il marito per il reato di bigamia, in quanto affermava che il consorte avrebbe contratto nuovo matrimonio all'estero. Con atto in data 1 settembre 1969 l'attrice dichiarava di rimettere la querela ed il procedimento penale veniva archiviato.

Vi sono, infine, le dichiarazioni dei procuratori delle parti rese nel presente giudizio quelle quali risulta la reciproca volontà di addivenire alla dichiarazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Le questioni che si pongono al giudicante sono, in definitiva, quella di accertare se possa essere dichiarata la cessazione degli effetti civili del matrimonio a seguito della separazione di fatto protrattasi per oltre due anni, e, conseguentemente, in caso affermativo, quella di verificare se l'apparato probatorio fornito dalla parte attrice sia sufficiente a dimostrare la separazione di fatto.

*2. Il divorzio è stato introdotto nell'ordinamento sammarinese dalla legge 26 aprile 1986 n. 49.*

*L'art. 126 enuncia le c.d. cause di divorzio, vale a dire indica tutte le ipotesi, la ricorrenza delle quali legittima uno dei coniugi a richiedere lo scioglimento o la dichiarazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio. Si tratta di cause tassativamente e specificamente determinate per ragioni di ordine pubblico della famiglia, onde non è consentita la pronuncia del divorzio per cause diverse o comunque non precisamente previste.*

*Esaminando l'elencazione contenuta nell'art. 126, conviene prescindere dalla c.d. cause penali e soffermarsi invece su quanto disposto dalla lett. b) del terzo comma, in quanto ipotesi statisticamente più ricorrente ed allegata nella specie.*

*La lett. b) stabilisce che il divorzio può essere pronunciato quanto "i coniugi vivono separati da almeno due anni ininterrottamente in virtù di separazione consensuale o giudiziale, ovvero di provvedimento temporaneo del Commissario della Legge che autorizza i coniugi a vivere separati purché il relativo giudizio di separazione abbia avuto seguito, ancorché non sia intervenuta la sentenza definitiva".*

*Dal tenore letterale della norma si evince che la legge esige sempre ed esclusivamente una separazione giudiziale o consensuale (art. 108), per cui essa deve risultare da una sentenza (art. 108) o da un decreto di omologazione (art. 111), ovvero dal provvedimento temporaneo emesso dal Commissario della Legge - solitamente nel corso dell'udienza fissata per la personale comparizione dei coniugi al fine di esperire il tentativo di conciliazione previsto dall'art. 110 - con cui, in pendenza del relativo giudizio, e dunque fino alla sentenza, autorizza i coniugi a vivere separati. La ratio di tale previsione è da ricercarsi nel fatto che il provvedimento giudiziale prova con certezza l'esistenza effettiva della separazione e la data del suo inizio. La norma - come detto di ordine pubblico -, non lascia dunque spazio ad interpretazioni estensive, onde non è lecito al giudice attribuire alla eventuale separazione di fatto rilevanza alcuna ai fini della decorrenza del termine previsto dalla legge.*

***La separazione di fatto non assume infatti nel nostro ordinamento alcuna rilevanza.*** L'art. 108 stabilisce al riguardo perentoriamente che "la separazione dei coniugi può essere consensuale o giudiziale".

*Si dice che i coniugi sono separati di fatto quando la loro separazione non sia stata pronunciata, né omologata od autorizzata da alcun provvedimento giudiziale. Perché si abbia una separazione di fatto non basta che i coniugi vivano in luoghi diversi, sia pure per un lungo periodo o a tempo indeterminato; è necessario, invece, che si sia verificata una vera e propria interruzione della loro comunione spirituale e materiale, una completa rottura del loro legame affettivo ed una cessazione di quei rapporti che caratterizzano l'unione coniugale. Occorre, in definitiva, che la fine della coabitazione sia considerata dai coniugi, o almeno da uno di essi, come definitiva.*

*Una tale separazione può avere origine dall'accordo fra i coniugi, per cui appare come una separazione consensuale non omologata, ovvero dalla iniziativa di uno solo dei coniugi, il quale abbandona l'altro, con o senza giusta causa. All'abbandono può poi subentrare un accordo, talora tacito, in quanto il coniuge abbandonato rinunci a pretendere il ripristino della convivenza.*

*A tal proposito si segnala che l'art. 30 della legge n. 49 del 1986 stabilisce: "al coniuge che si allontana senza giusta causa dal domicilio familiare e rifiuta di tornarvi è sospeso il diritto all'assistenza morale e materiale. Costituisce giusta causa di allontanamento dal domicilio familiare l'inosservanza da parte dell'altro coniuge degli obblighi sanciti dall'art. 28. Costituisce altresì giusta causa la proposizione della domanda di separazione, nullità o di cessazione degli effetti civili del matrimonio". E' questo l'unico effetto ricollegabile alla separazione di fatto derivante dall'abbandono del tetto coniugale. Per il resto, nessun effetto giuridico attribuisce il nostro ordinamento alla separazione di fatto.*

*Siamo confortati dalla circostanza che tali osservazioni sono suffragate anche dalla dottrina italiana, che ha commentato la legge sul divorzio e quella di riforma del diritto di famiglia, le quali introducono nella subiecta materia una disciplina assai simile a quella sammarinese (cfr. G. BONILINI, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 1987, p. 120, e G. CATTANEO, *Corso di diritto civile*, Milano, 1988, p. 142 ss).*

La procura attrice, nelle finali allegazioni, fa riferimento a decisioni italiane in materia di divorzio fondate sul presupposto della separazione di fatto: "la giurisprudenza italiana e anche la dottrina hanno ritenuto che legittimando la possibilità di sospendere uno degli obblighi che derivano al matrimonio (quali previsti in San Marino dall'art. 28 della legge n. 49 del 1986) si sia voluta dare una rilevanza nell'ordinamento sammarinese alla separazione di fatto. In tal modo si è riconosciuta la validità del computo, ai fini della dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio, del tempo trascorso dai coniugi separatamente senza riconoscimento dell'autorità giudiziaria".

Questo Giudice certamente conosce l'allegata giurisprudenza e dottrina italiana, ma ritiene che debba esserne correttamente precisata la portata. In effetti la lettura delle rassegne giurisprudenziali e degli studi in argomento consentirebbe *prima facie* di sostenere le conclusioni della procura attrice. Ma un attento esame delle stesse permette di affermare che esse sono fondate su una esplicita disposizione legislativa, che non è stata, invece, introdotta dal legislatore sammarinese. L'art. 3 n. 2 lett. b) della legge italiana 1 dicembre 1970 n. 898 inserisce fra le cause di divorzio "la separazione di fatto quando la separazione di fatto stessa è iniziata almeno due anni prima del 18 dicembre 1970". Si tratta di una disposizione di carattere transitorio, che si riferisce solo a quelle

separazioni di fatto iniziate almeno due anni prima dell'entrata in vigore della legge italiana sul divorzio, il fine della quale era quello di consentire il divorzio anche a coloro che, non potendo sapere in anticipo che la futura legge avrebbe richiesto a tal fine una separazione legale, non si fossero preoccupati di far dichiarare od omologare tempestivamente la loro separazione.

Al di fuori di tale ipotesi transitoria, e pure in presenza di una norma analoga all'art. 30 della legge sammarinese sull'abbandono del domicilio coniugale (art. 146 c.c. italiano), l'art. 158 del codice civile italiano stabilisce che "la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice", onde se ne conclude che anche per l'ordinamento italiano "le norme in tema di separazione personale, dunque, se si prescindono dal particolare effetto che deriva dall'abbandono senza giusta causa [e dalla norma transitoria contenuta nella legge sul divorzio], negano che dalla separazione derivino effetti giuridici" (G. CATTANEO, op. ult. cit., p. 143).

3. Sulla scorta delle premesse considerazioni questo giudice non può accogliere la domanda spiegata dalla attrice, in quanto non sussiste nella specie, alcuna delle cause tassativamente determinate dall'art. 126 della legge n. 49 del 1986.

Invero dalla lettura del fascicolo penale sembrerebbe che - stando almeno a quanto riferisce un investigatore privato - il convenuto abbia contratto all'estero nuovo matrimonio.

Si verserebbe dunque nell'ipotesi stabilita dall'art. 126, comma III, lett. e). Di tale matrimonio all'estero, peraltro non è data prova alcuna, e dunque nemmeno sotto tale profilo la domanda attrice può essere accolta.

Infine, si rileva che nemmeno all'accordo delle parti, che nella specie si esplica come adesione del convenuto alla domanda spiegata dalla attrice, può essere attribuito rilievo ai fini dell'accoglimento della domanda medesima, non essendo ammesso nel nostro ordinamento il così detto divorzio consensuale.

Nonostante la reiezione della domanda, il comportamento processuale delle parti, che evidenzia l'assenza di litigiosità, conduce a derogare al principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, disponendo la compensazione delle spese ed onorari del presente giudizio.

### 123.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 12 ottobre 1994.

Greco Giuseppe (Avv. R. Bonelli) : Associazione Cooperativa Ritrovo Lavoratori del Ventoso (Avv. G.M. Marcucci) – Causa n. 66, anno 1990.

### **Vendita – Promessa bilaterale accettata o sinallagmatica – Recesso – Esclusione – Esecuzione – Locatario – Diritto di prelazione.**

*Per effetto della promessa bilaterale accettata (promessa di una parte di acquistare una certa cosa a un determinato prezzo e promessa dall'altra parte di vendere la stessa cosa per il medesimo prezzo) la vendita è quasi perfetta, mancando soltanto la traditio.*

*Alle parti non è consentito di recedere unilateralmente dalla promessa di vendita.*

*Tutte le convenzioni che derivano dalla promessa di vendita devono essere eseguite, anche in forma specifica.*

*Il diritto di prelazione del locatario di immobile può esercitarsi in tutti i trasferimenti che rientrano nel più generico termine di "alienazione a titolo oneroso".*

---

## FATTO

Con istanza di citazione depositata il 5 marzo 1990 l'attore ha chiamato in giudizio avanti questo Tribunale la convenuta cooperativa per sentire "dichiarare che l'Associazione Cooperativa Ritrovo Lavoratori del Ventoso è tenuta a vendere all'istante ovvero, se del caso, alla società disposta a cedere al medesimo in locazione finanziaria l'immobile di cui trattasi, l'ente immobiliare posto in località Ventoso, distinto nel Catasto Fabbricati della Parrocchia di Borgo Maggiore al f. 11, n. 143 sub 1, cat/1, cl. 8, mq. 160, R.C. 160.000=; F. 11, n. 143 sub 2 cat. D/3 R.C. 64.8000=, per il prezzo complessivo di lire 210.000.000=, da pagare dall'acquirente contestualmente all'atto formale di trapasso di proprietà; il tutto con condanna della convenuta in caso di ulteriore sua resistenza al pagamento di tutte le spese di causa onorari di avvocato compresi".

Lamenta l'attore di essere locatario di un immobile a destinazione commerciale, di proprietà della convenuta, immobile posto in Borgo Maggiore - Ventoso, Via Decima Gualdaria, 118 e che, in data 16 novembre 1989, l'assemblea della convenuta cooperativa ha deliberato di vendere a terzi, per la somma di £. 210.000.000=, "da pagarsi in contanti".

Lamenta altresì l'attore di aver già offerto addirittura un prezzo maggiore, e che comunque il 24 novembre 1989 ha comunicato la sua intenzione di esercitare il diritto di prelazione, ma la convenuta il 2 febbraio 1990 ha deliberato nuovamente di mettere in vendita l'immobile "al miglior offerente per un prezzo non inferiore a £. 210.000.000=". Lamenta infine che l'8 febbraio 1990 ha invitato il legale rappresentante della convenuta cooperativa a stipulare l'atto definitivo di vendita, rispettando la precedente delibera assembleare, ma nessuno si è presentato all'invito, anzi l'assemblea della convenuta ha deliberato di non vendere più l'immobile.

Assume pertanto l'attore che egli avrebbe esercitato validamente il diritto di prelazione sull'immobile e che la convenuta non può più revocare l'offerta di vendita. Ha poi versato il canone di locazione chiedendone il sequestro a mani del Cancelliere: il sequestro è stato accordato.

Autorizzata la citazione, poi regolarmente riprodotta, si è costituita la convenuta, chiedendo il termine statutario e, successivamente eccependo che "nessuno può essere obbligato a vendere se non vuole farlo", non avendo sottoscritto nessun impegno a vendere.

Nei termini di prova sono stati ammessi documenti dai quali risulta che la convenuta sia nella assemblea del 16 novembre 1989, sia in quella del 2 febbraio 1990, ha deliberato di alienare l'immobile per cui è causa. Successivamente, sempre la convenuta cooperativa, nell'assemblea del 26 febbraio 1990, ha deliberato di non vendere l'immobile.

Nel giorno di giovedì 16 novembre 1989, l'Assemblea dei Soci della Cooperativa convenuta, regolarmente costituita, avendo posto all'ordine del giorno "l'alienazione

dell'immobile di proprietà della Cooperativa", su iniziativa del Presidente ha esaminato la proposta "di vendere l'immobile sede dell'Associazione Cooperativa Ritrovo Lavoratori del Ventoso, distinto al Catasto Urbano al F. 11, part. 143, sub. 1, cat. C/1, cl. 8 di mq.160; R.C. £.160.000=; sub 2, Cat. D/3, R.C. £.64.800, per il complessivo prezzo di £.210.000.000=

Dal verbale, regolarmente eretto, risulta che l'Assemblea ha immediatamente deliberato "all'unanimità, di accettare quanto proposto dal Presidente, al prezzo stabilito dallo stesso", mentre il Collegio Sindacale, contestualmente, ha accetta la proposta di vendita. Sempre nella stessa Assemblea e sempre discutendo e deliberando sullo stesso punto posto all'ordine del giorno e cioè "in merito alla vendita dell'immobile di proprietà" della convenuta cooperativa, "Il Presidente dichiara di aver ricevuto due offerte". La prima avanzata dallo stesso attore per la somma di £.220.000.000=, la seconda avanzata da altro acquirente, Sig. Walter Meloni, per la somma di £.210.000.000=, ma "con pagamento contati". L'Assemblea dei soci, che, si deve ancora ricordare, è sempre regolarmente costituita, stabilisce definitivamente che "visto il precedente verbale dell'Assemblea dei Soci, nel quale veniva indicata la somma per la vendita dell'immobile suddetto in £.220.000.000=, l'Assemblea dichiara di accettare l'offerta proposta dal sig. Meloni per £.210.000.000= da pagarsi in contanti. Anche per tale motivo l'Assemblea e il Collegio Sindacale approvano la vendita come sopra prevista". Di nessun interesse ai fini di causa è l'immediato passaggio a verbale alla discussione del successivo punto all'ordine del giorno.

Ad una tale deliberazione, in data 24 novembre 1989, cioè poco più di una settimana dopo, segue una raccomandata, con la quale l'attore, ha comunicato formalmente al Presidente della convenuta cooperativa, che, preso atto della deliberazione relativa alla avvenuta alienazione, nella sua "qualità di affittuario dello stabile stesso [...] intende esercitare il diritto di prelazione a parità di prezzo di vendita e di condizioni".

Essendo poi stato alienato l'immobile per un prezzo inferiore a quello che lo stesso attore aveva offerto - "al minor offerente" - l'attore ha poi espresso le sue riserve, ove la convenuta Cooperativa volesse "riconsiderare il caso in favore" dello stesso attore "per la somma di £.210.000.000=, da pagarsi in contanti", diffidando però la convenuta a non "dare corso alle formalità di alienazione dell'immobile".

Nella seconda assemblea del 2 febbraio 1990 la convenuta ha invece deliberato "di vendere l'immobile al migliore offerente ed alle migliori condizioni e, comunque, per un prezzo non inferiore a £.210.000.000=". Ha poi dato mandato "al Presidente o a persona da questi delegata di dare comunicazioni ai possibili acquirenti con lettere raccomandate con avviso di ricevimento del sunto della presente delibera; gli offerenti dovranno far pervenire nel termine di giorni trenta dalla comunicazione la loro migliore offerta definitiva contenente anche le modalità di pagamento". Contestualmente "l'assemblea dà atto che attualmente l'immobile è locato al signor Greco e che questi ha diritto di prelazione a parità di condizioni ex art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n.117. Quindi la validità dell'offerta resterà sospesa nei termini previsti dalla legge al fine dell'eventuale esercizio del diritto di prelazione".

Nella terza assemblea del 26 febbraio 1990 la convenuta infine, con apposita votazione segreta, dopo aver esaminato "le difficoltà insorte in relazione alla vendita dell'immobile [...], ha in tal modo deliberato di non vendere".

Aperto il termine ad allegare la causa è stata posta *pro servato*, e quindi trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore della parte attrice ha così concluso: “chiede accogliersi l’istanza del Greco e quindi riconoscere esso attore titolare del diritto di acquistare l’immobile indicato in citazione e negli atti della presente causa, di proprietà della associazione cooperativa Ritrovo Lavoratori del Ventoso, per il prezzo di £. 210.000.000=, od altro che si riterrà di determinare sulla base delle risultanze degli atti, da pagare dall’acquirente, contestualmente alla effettuazione dell’atto di compravendita definitivo; il tutto con condanna della convenuta al pagamento delle spese ed onorari di causa” precisati analiticamente in £.4.780.000=.

Nelle sue finali allegazioni in diritto il procuratore della parte convenuta ha così concluso: “richiede rigettarsi ogni pretesa evidenziata dalla parte attrice e dichiararsi che l’immobile è di piena proprietà e nella piena disponibilità della associazione Cooperativa Ritrovo Lavoratori del Ventoso. Si richiede inoltre che vengano consegnate le somme depositate in atti di pertinenza dell’associazione e relative ai canoni di locazione. Il tutto con condanna della parte attrice di tutte le spese e quant’altro inerente al presente procedimento compresi gli onorari” analiticamente indicati in complessive £.5.500.000=.

### DIRITTO

1) Non esistono dubbi che la Cooperativa convenuta abbia validamente deliberato “di vendere l’immobile sede dell’Associazione Cooperativa Ritrovo Lavoratori del Ventoso, distinto al Catasto Urbano al F. 11, part. 143, sub. 1, cat. C/1, cl. 8 di mq.160; R.C. £.160.000=; sub 2, Cat. D/3, R.C. £.64.800, per il complessivo prezzo di £.210.000.000=”.

Proprio perché, con quella deliberazione dell’assemblea, la promessa di vendita dell’immobile si è ormai perfezionata, si deve escludere, che il caso possa integrare gli estremi di un contrasto sorto tra le parti, a margine di una unilaterale promessa di vendita. Al momento della deliberazione esistevano già due offerte di acquisto portate alla conoscenza dell’Assemblea dei Soci dal Presidente e legale rappresentante, esisteva già una volontà di alienare l’immobile da parte della convenuta, e *ad abundantiam* tale volontà é stata espressa nel suo luogo deputato, cioè durante l’Assemblea dei Soci, regolarmente costituita.

Il tale caso trova collocazione nelle ipotesi della promessa di vendita - “quando una delle parti manifesta con intenzione di obbligarsi una seria e precisa offerta” - conosciute ed elaborate dalla giurisprudenza sammarinese. Ma bisognerà anche precisare che deve ritenersi una “promessa di vendita bilaterale accettata o sinallagmatica”, cioè quella che, dalla stessa giurisprudenza, viene definita come una “promessa da una parte di comperare un immobile a un determinato prezzo e promessa pure dall’altra parte di vendere lo stesso immobile per il medesimo prezzo” (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell’11 gennaio 1926 nella causa n. 159 dell’anno 1925, in Giurisprudenza Sammarinese, 1926, p. 13), perché la vendita, dopo la deliberazione assembleare del 16 novembre 1989 - la prima per intenderci una volta per tutte - è ormai quasi perfetta, mancando soltanto la *traditio*. Non spenderei parola alcuna per affermare, che l’offerta di acquisto del sig. Walter Meloni, portata dal Presidente in Assemblea, è da ritenersi valida e vincolante per tutte le parti.

2) **E’ indirizzo consolidato della giurisprudenza ritenere che si deve “esaminare ogni singolo caso e poiché nelle convenzioni, più che stare al senso letterale delle parole, è da indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti (*in***



*conventionibus contrahentium voluntatem quam verba spectari placuit* L. 219, Dig. de verb. sign.): così per decidere se trattasi di vendita o di promessa, bisognerà tener conto non solo dell'accordo sulla cosa o sul prezzo, ma anche della volontà delle parti e precisamente di ciò che esse vollero in realtà porre in essere" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'11 gennaio 1926 nella causa n. 159 dell'anno 1925, in Giurisprudenza Sammarinese, 1926, p. 13; Sentenza del Commissario della Legge del 5 marzo 1956 nella causa n. 65 dell'anno 1953 in Giurisprudenza Sammarinese, 1963, p. 369).

E' difficile, dopo una così chiara enunciazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza, non ritenere che i Signori Soci, riuniti in Assemblea, dichiarando "di accettare l'offerta proposta dal signor Meloni per £. 210.000.000= da pagarsi in contanti", non abbiano promesso di vendere il bene già descritto.

**Ne discende quanto la dottrina ha già stabilito, che in conseguenza** "uterque conthaentium ex tali contractu obligatur, emptor quidem ad tradendum pretium conventum, venditor autem ad tradendam mercem venditam" - **"entrambi i contraenti sono obbligati da un tale contratto, il compratore a versare il prezzo convenuto, il venditore a consegnare la con vendita"** (L. Ferraris, Prompta bibliotheca canonica, iuridica, moralis, tom. tertius (E-H), ed Venetiis 1727, p. 126 - 127, nu. 3). **E' ciò che già ha ritenuto anche la giurisprudenza, per cui si è "tenuti a pagare il prezzo convenuto o se si tratta di venditore a dare la effettiva consegna della cosa in venditionibus tenetur praecisae rem tradere e solo quando vi sia l'impossibilità di dar la cosa sottentra l'obbligo dell'id quod interest"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'11 gennaio 1926 nella causa n. 159 dell'anno 1925, in Giurisprudenza Sammarinese, 1926, p. 13).

3) E' evidente che nel caso in questione siamo in una ipotesi in cui la venditrice, la convenuta cooperativa, per perfezionare definitivamente il contratto avrebbe dovuto soltanto *tradere* l'immobile, che ha ormai venduto.

Alla convenuta infatti non è più dato di recedere unilateralmente dall'atto, con cui si è assunta la promessa di vendita, portato alla conoscenza dai due offerenti, già vincolati da una promessa di acquisto. Alla convenuta non è dato il recesso da una promessa di vendita, che la giurisprudenza individua nella "promessa di vendita bilaterale accettata o sinallagmatica", in nessuna forma unilaterale, neppure in quelle assunte con le due successive deliberazioni assembleari.

Va premesso che la pattuizione di vendita, intervenuta tra le parti - coloro che hanno offerto il prezzo e la convenuta -, è sicuramente legittima: in termini di dottrina del diritto comune siamo in presenza di un *pactum vestitum, seu legitimum*, che è poi quello "quod praeter conventionem partium aliquod aliud iuris adminiculum habet, ratione cuius actio civilis in foro externo oritur" - "che al di là della convenzione tra le parti ha qualche altro sostegno del diritto, in ragione del quale sorge l'azione civile in foro esterno" (cfr. L. Ferraris, Prompta bibliotheca canonica, iuridica, tomus sextus, ed. Romae 1789, p. 190, n. 5).

**Le deliberazioni dell'assemblea, contrariamente a quanto ritiene la convenuta, quando sono state legittimamente prese, e hanno impegnato interessi dei terzi - la proposta di acquisto -, cioè quando hanno legittimamente obbligato la convenuta cooperativa, hanno sicuramente rilevanza esterna.**

Esiste poi in atti un documento che dimostra come, prima dell'unilaterale recesso, l'attore abbia conosciuto la deliberazione - quella in cui la convenuta si è assunta la

promessa di vendita a seguito della promessa di acquisto. In quel documento - la lettera raccomandata - l'attore ha esercitato il diritto di prelazione che, come locatario, gli compete *ex lege*.

In conseguenza, **stante proprio la legittimità della promessa di vendita, considerato che “secondo il diritto sammarinese non occorre che le convenzioni, le quali trasferiscono immobili, siano fatte per iscritto”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'8 marzo 1933, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1933 - 1923, p. 20), **non si vede come ad una tale promessa non si possa più dare esecuzione, come unilateralmente ha poi deliberato la convenuta. Anzi, sarà bene precisare che da questo punto di vista la sua eccezione - “nessuno può costringere a vendere chi non vuole” -, peraltro la principale, è del tutto infondata, dato che da questo punto di vista la convenuta ha già assunto l'impegno di vendere.**

E sempre rifacendosi alla giurisprudenza si potrà concludere che **“quando l'accordo verbale, di vendere e di comperare determinati beni, è perfetto, la compilazione dell'istrumento costituisce un atto accessorio, che ha il solo scopo di fornire la prova sicura e continuativa di quanto è stato compiuto”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'8 marzo 1933, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1933 - 1923, p. 20). Da un tale principio non è difficile far discendere l'obbligo a veder eseguite tutte le convenzioni che derivano da una legittima “promessa di vendita bilaterale accettata o sinallagmatica”, anche in forme specifiche. E' il caso previsto, sempre dalla giurisprudenza, per cui “vi è chi sostiene come la sentenza del giudice possa surrogare il mancato consenso a tener luogo dell'atto formale di compra vendita” (cfr. Sentenza del Commissario della Legge dell'11 gennaio 1926 nella causa n. 159 dell'anno 1925, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1926, p. 13).

L'eccezione poi che il bene intestato ad una cooperativa è da ritenersi *pro indiviso* tra i soci, che è sollevata senza alcun riferimento normativo, neppure di diritto particolare, non sembra avere consistenza ai fini della legittimità, e quindi della esecutività della promessa di vendita. Il problema semmai riguarda i soci e i rapporti tra di loro, [...] consentono di accogliere la domanda dello stesso attore.

**Il primo comma dell'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, invocato dalla parte attrice, espressamente recita: “il locatario ha diritto di prelazione in caso di alienazione a titolo oneroso dell'immobile”.**

L'esatta dizione del primo comma dell'art. 19 non parla solamente dell'atto di vendita, ma colpisce con il diritto di prelazione tutti i trasferimenti, che rientrano nel più generico termine di “alienazione a titolo oneroso”. In altre parole l'art. 19 è una norma, a titolo particolare, dove, in modo generico, si dispone sulle alienazioni in generale, cioè su tutti i trasferimenti di un bene immobile a titolo oneroso.

La deliberazione dell'assemblea dei Soci della Cooperativa convenuta può ben considerarsi una “alienazione a titolo oneroso” e quindi, come ritiene l'attore, soggetta al diritto di prelazione di cui al primo comma dell'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117.

**5) Il secondo comma dell'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117 stabilisce poi che “il proprietario deve comunicare al locatario, per mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, a quali condizioni intende alienare l'immobile, per consentirgli di accettare o meno entro trenta giorni da quello di recezione della comunicazione”.**

**In questo caso “l’interpello”, a chi vanta il diritto di prelazione, non é generico, ma ha una sua procedura, che deve essere rispettata soltanto per garantire il venditore e l’acquirente di aver formulato l’offerta,** perché in difetto, contro la vendita ormai obbligatoria entrambe le parti, si pone in essere quanto previsto dall’ultimo comma dello stesso art. 19. E’ una disposizione che da parte del venditore non può essere disattesa, perché altrimenti si integrano gli estremi della “violazione”, richiesta dall’ultimo comma dello stesso art. 19 per l’esercizio della prelazione: “in caso di violazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi, il locatario ha titolo per esercitare il diritto di prelazione di cui al primo comma, previo deposito, presso la Cancelleria del Tribunale Commissariale nelle forme di rito, della somma corrispondente a quella pattuita nell’atto di compravendita registrato”.

Nè può ritenersi contrario alla norma, che regola l’interpello, il comportamento del locatario, che, non è rimasto inattivo, ma precedendo l’invio dell’interpello stesso, ha dichiarato al venditore di voler “esercitare il diritto di prelazione a parità di prezzo e di condizioni”.

A nulla rileva poi che il prezzo di vendita sia addirittura più favorevole alla sua offerta, dato che egli acquista in forza del diritto di prelazione esercitato. Egli, ragionando con rigore, non ha partecipato alle convenzioni che hanno portato al formarsi del prezzo nella “promessa di vendita bilaterale accettata o sinallagmatica” tra la convenuta e il terzo. Eventuali responsabilità in tal senso, se mai potessero esistere e fossero fatte valere, non sembrano proprio riguardarlo.

E da questo punto di vista la richiesta di esercitare il diritto di prelazione a sensi dell’art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, si deve affermare che é stata tempestivamente presentata. Deve quindi riconoscersi che l’attore ha sicuramente titolo per esercitare il diritto di prelazione: la sua domanda finale - quella presentata nelle memorie conclusionali - ha quindi fondamento, perché si può riconoscere l’attore è titolare del diritto di acquistare l’immobile al prezzo convenuto e alle condizioni che detto prezzo sia versato in contanti.

Il problema che si pone semmai è che l’acquirente, il sig. Walter Meloni, che nella presente vicenda era da ritenersi sicuramente litisconsorte facoltativo, non è stato chiamato in causa. Pertanto a cagione della relatività che ha il giudicato, cioè per il valore e l’efficacia che sentenza ha tra le parti, la presente pronuncia non potrà essere a lui opposta da nessuna delle parti in causa, nel senso che, avendo assunto la qualifica di acquirente nella “promessa di vendita bilaterale accettata o sinallagmatica”, il diritto di prelazione si esercita anche a suo detrimento.

6) Si deve invece accettare la domanda proposta dalla convenuta di vedersi consegnati i canoni di locazione versati e sottoposti a sequestro, perché è la legittima destinataria delle somme versate: la convalida del sequestro deve essere pronunciata nel senso richiesto dalla convenuta, senza sminuire il valore tuzioristico dell’atto, posto in essere dall’attore.

7) Seguendo il principio della soccombenza le spese e gli onorari del presente giudizio vanno posti a carico della parte convenuta, a norma del § 272 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 25 ottobre 1994.

Mularoni Edda, Enzo, Janette (Avv. G. Micheloni) : Azienda Autonoma di Stato di Produzione (Avv. L. Daniele) : S.p.a. Assicurazioni Generali (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 14, anno 1990.

**Servitù – Costituzione – Aggravamento – Risarcimento.**

*La costituzione di servitù reale continua trova fondamento nell'accertata scientia et patientia del proprietario del fondo servente che può, in determinati casi, dispensare dal provare l'esistenza del giusto titolo.*

*La servitù già esistente non può essere aggravata a sfavore del fondo servente.*

*Il danno provocato dall'aggravamento della servitù già esistente, senza alcuna manifestazione di consenso o di tolleranza da parte del proprietario del fondo servente, deve essere risarcito.*

---

(omissis)

**125.**

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 26 ottobre 1994.

Gasperoni Giorgio (Avv. L. Baccocchi): Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. G. Burgagni e G. Saraceni) – Causa n. 1, anno 1992.

**Imposte e tasse – Ricorso avverso delibera della Giunta di Stima – Presupposti di ammissibilità – Motivi del ricorso.**

*Sono presupposti di ammissibilità del ricorso la tempestività e la legittimazione processuale del ricorrente.*

*E' ammesso il ricorso: a) per violazione o falsa applicazione di legge; b) per incompetenza od eccesso di potere.*

---

**FATTO**

Con atto di citazione in data 2 gennaio 1992 il signor Gasperoni Giorgio ha convenuto avanti a questo Tribunale l'Ufficio Tributario della Repubblica di San Marino, ricorrendo "avverso la delibera N. 146 emessa in data 18 aprile 1991 dalla Giunta di Stima, la quale confermava in parte la delibera precedente n. 74 del 20 dicembre 1989, assunta dalla Commissione degli accertamenti", affinché fosse disposto "in toto l'accoglimento del ricorso avanzato dal signor Gasperoni Giorgio in data 15 gennaio 1990 alla Giunta di Stima. Con vittoria di spese ed onorari tutti del presente giudizio".

Esponeva il ricorrente di essere titolare di un reddito “di lavoro indipendente svolgendo attività di commerciante all’ingrosso”. In data 20 dicembre 1989 “la Commissione per l’accertamento dei redditi delle persone fisiche emetteva delibera [...] con la quale veniva accertato al contribuente un reddito pari a L. 60.875.487, di gran lunga superiore a quello dichiarato di L. 8.499.822 per il periodo d’imposta 1986”. Avverso tale delibera veniva avanzato ricorso alla Giunta di Stima, la quale, con decisione n. 146 del 18 aprile 1991, “accoglieva in parte il ricorso avanzato in relazione ai punti 2 e 3, mentre confermava la delibera della Commissione degli accertamenti per i punti 1 e 4”. Lamentava il ricorrente che la Giunta di Stima non aveva correttamente applicato le leggi 13 ottobre 1984 n. 91 e 30 dicembre 1986 n. 155, in quanto “non ci sono ragioni plausibili o comunque supportate da norme di legge che impediscano in toto l’accoglimento del ricorso avanzato”.

All’udienza fissata non si costituiva il convenuto, al che la procura attrice chiedeva la notifica della citazione alla Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino, la quale si costituiva in atti in data 28 maggio 1992 a mezzo procuratori dopo l’apertura del primo termine probatorio, che erroneamente era di nuovo aperto con decreto in data 5 giugno 1992.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza della procura attrice, documenti, nonché il teste Maiani Donato, escusso all’udienza del 12 novembre 1992.

Nel corso di tale udienza, sempre su richiesta della procura attrice, il Commissario della Legge al quale era allora assegnata la presente causa richiedeva “alla Direzione dell’Ufficio Tributario ed al presidente della Giunta di Stima di trasmettere a questa Autorità Giudiziaria copia di tutta la documentazione relativa al presente procedimento”. Sebbene tale provvedimento fosse stato notificato agli organi richiesti, la documentazione non era trasmessa.

Con decreto del Magistrato Dirigente in data 29 aprile 1994 la presente causa civile era assegnata a questo Giudice per la prosecuzione.

Aperto il termine ad allegare, entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All’udienza del 6 ottobre 1994 si addiveniva alla irrotulazione, dopo di che il fascicolo era trattenuto per la decisione.

La procura attrice ha concluso chiedendo: “1. di accogliere integralmente l’istanza avanzata nell’atto introduttivo del giudizio, depositato presso la Cancelleria del Tribunale Commissariale il 2 gennaio 1992; 2. conseguentemente di accertare nella somma di L. 8.499.822 il reddito di lavoro indipendente dell’attore signor Gasperoni Giorgio per il periodo d’imposta relativo all’anno 1986; 3. di condannare l’Ufficio del Registro [sic!] e, per esso, la convenuta Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, da liquidarsi con successivo e separato provvedimento, previa esibizione di analitica nota da parte di questo procuratore”.

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo “rigettarsi la domanda proposta dal sig. Gasperoni Giorgio, con conferma della delibera della Giunta di Stima. Il tutto con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio”.

## DIRITTO

1. L’attore, come detto, ricorre avverso la decisione adottata dalla Giunta di Stima con delibera del 18 aprile 1991 n. 146, che non ha integralmente accolto il ricorso proposto

avverso la decisione della Commissione per l'accertamento dei redditi delle persone fisiche in data 20 dicembre 1989 n. 74.

In via preliminare deve essere la sussistenza dei presupposti di ammissibilità del ricorso, con particolare riguardo alla tempestività della proposizione del ricorso all'Autorità Giudiziaria ed alla sussistenza della legittimazione processuale, sebbene la procura convenuta nulla abbia eccepito al riguardo.

E' noto, infatti, che la verifica dei presupposti di ammissibilità spetta ovviamente alla autorità competente a decidere il reclamo, in via preliminare e d'ufficio, in quanto l'inammissibilità impedisce la pronuncia sul merito. **La pronuncia di inammissibilità deve avvenire pertanto ogni qualvolta si riscontri la mancanza dei requisiti e delle condizioni dell'impugnazione, che devono essere individuati nell'esistenza di un provvedimento; nell'interesse ad impugnare, determinato dalla soccombenza della parte che impugna e che si sviluppa in una critica al provvedimento; nella legittimazione ad impugnare, determinata dalla qualità di parte nella precedente fase del procedimento; nella obiettiva impugnabilità del provvedimento; e nel rispetto dei termini previsti per la proposizione del reclamo.**

L'art. 48 della legge 13 ottobre 1984 n. 91, nel testo modificato dall'art. 29 della legge 30 dicembre 1986 n. 155 stabilisce, infatti, che "Contro la decisione della Giunta di Stima, nel termine perentorio di 60 giorni dalla notifica della decisione medesima a cura dell'Ufficio Tributario, l'Ufficio Tributario e i contribuenti possono ricorrere all'Autorità giudiziaria ordinaria per i casi di violazione o falsa applicazione di legge, per incompetenza o per eccesso di potere. L'autorità giudiziaria, in attesa che venga definita la regolamentazione di cui al comma terzo [la disciplina del contenzioso tributario], non può essere adita se prima non è stato esperito ricorso avanti alla Giunta di Stima".

Al riguardo si deve osservare che è stata prodotta in atti dal ricorrente sia la delibera della Commissione per l'Accertamento dei redditi delle persone fisiche, sia la impugnata delibera della Giunta di Stima. Quest'ultima risulta notificata al ricorrente in data 31 ottobre 1991, onde il termine per proporre il ricorso a questa Autorità Giudiziaria scadeva il 30 dicembre 1991, in applicazione della regola per la quale, nel computo del termine, non si tiene in considerazione il *dies a quo*, mentre si computa il *dies ad quem*.

**Al riguardo osserva, infatti, la dottrina sammarinese che "in rapporto al modo di computarli, i giorni si distinguono in giuridici o utili e continui o correnti. Questi ultimi sono tutti i giorni del calendario, senza distinzione se siano, o no, feriatì o festivi. Quando un periodo di dieci giorni [...] che cominciasse il 16 gennaio [...] se i giorni fossero continui o correnti, si compirebbe col 26 del mese. [...] Regole generali: 1) quando la legge parla semplicemente di giorni, questi si intendono continui o correnti; 2) nei calcoli dei termini non si computa mai il giorno iniziale. La regola del diritto romano per cui il <<dies a quo>> si computava nel termine, non è passata nel diritto comune che invece ha formulato il notissimo <<dies a quo non computatur in termino>>, riprodotto dalle codificazioni moderne; 3) per gli atti del giudice o che davanti al giudice debbono compiersi, se l'ultimo giorno del termine, composto di giorni correnti, non coincide con un giorno giuridico, lo spirare del termine si intende protratto sino alla fine dell'udienza del giorno giuridico immediatamente successivo"** (T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 2° ed., San Marino, 1967, p. 44 s).

L'esame del Calendario degli Uffici pubblici per l'anno 1991 consente di affermare che il 30 dicembre 1991 cadeva di lunedì e che gli uffici pubblici erano aperti. Era dunque possibile compiere l'atto, e cioè depositare il ricorso presso la Cancelleria di questo Tribunale, nel giorno di scadenza, e, di conseguenza, non può essere invocata la proroga al giorno feriato immediatamente successivo che, nel caso di specie, sarebbe stato, appunto, il 2 gennaio 1992. Trattandosi di atto che la parte deve compiere in Cancelleria e non davanti al Giudice, non è nemmeno consentita la proroga al giorno giuridico successivo.

Ne consegue che il ricorso avanzato dall'attore deve considerarsi inammissibile, in quanto non depositato nel termine perentorio prescritto dalla legge.

Sempre sotto il profilo dell'esame dei presupposti di ammissibilità, deve altresì darsi atto, seppure in via del tutto incidentale, della carenza della legittimazione passiva dell'Ufficio Tributario, il quale, semmai, assume la veste di controinteressato - avendo interesse alla conferma della decisione della Giunta di Stima -, ma non quella di Autorità che ha emanato l'atto che viene impugnato al fine della sua caducazione.

2. La pur accertata inammissibilità del reclamo, per essere stato questo avanzato oltre il termine prescritto dalla legge, non esime il giudicante dallo svolgere alcune ulteriori precisazioni.

L'art. 48 della legge 13 ottobre 1984 n. 91, nel testo modificato dall'art. 29 della legge 30 dicembre 1986 n. 155 stabilisce - come detto - che avverso la decisione della Giunta di Stima, è ammesso ricorso all'Autorità giudiziaria ordinaria "per i casi di violazione o falsa applicazione di legge, per incompetenza o per eccesso di potere".

Trattasi pertanto di un giudizio di legittimità e non di merito, volto ad accertare la validità dell'atto impugnato, che deve essere stato emanato nel rispetto delle regole giuridiche da osservare per la sua emanazione, con esclusione, dunque, di ogni sindacato sull'opportunità dell'atto medesimo, posto che l'ordinamento, per il principio della divisione dei poteri, non consente all'autorità giudiziaria di sovrapporsi alla discrezionalità amministrativa.

*I vizi che rendono l'atto amministrativo invalido perché illegittimo sono la incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge.*

*Il vizio di incompetenza sussiste allorché l'Autorità Amministrativa abbia esorbitato dai limiti della propria competenza, invadendo quella di un'altra autorità amministrativa. L'eccesso di potere si ha tutte le volte in cui l'autorità amministrativa si avvale del potere di adottare un provvedimento per un fine diverso da quello specifico per il quale il potere le è stato conferito. Esso incide sulla causa dell'atto sotto l'aspetto funzionale e si verifica tutte le volte che si riscontri sia una deviazione effettiva, sia una deviazione potenziale dell'atto dalle sue finalità istituzionali. Sono le ipotesi nelle quali l'atto appare affetto da vizi logici, o risulti determinato da una inesatta o incongrua rappresentazione della realtà (evidenziato ad esempio da una motivazione illogica o contraddittoria con il dispositivo, ovvero insufficiente), oppure risulti irragionevole, facendo difetto il nesso di consequenzialità tra i presupposti in presenza dei quali l'atto fu adottato e le sue conclusioni. La violazione di legge ha carattere residuale, e riguarda tutte le ipotesi in cui l'autorità amministrativa disconosce le disposizioni ed il significato di una legge.*

Nella specie, effettivamente la decisione della Giunta di Stima sarebbe viziata per eccesso di potere, in quanto carente della motivazione imposta dall'art. 14 della legge 8 luglio 1974 n. 59, recante la "Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi

fondamentali dell'ordinamento sammarinese", non essendo indicata nella delibera prodotta la ragione della decisione adottata. In tal caso, peraltro, l'accoglimento del ricorso avrebbe importato il rinvio degli atti alla Giunta di Stima per una nuova deliberazione (cfr., in tal senso, la sentenza del Commissario della legge in data 18 agosto 1958, in *Giur. Samm.*, 1964, fasc. 2, p. 139 ss).

Ne consegue, pertanto, che, anche qualora il ricorso potesse essere accolto in conseguenza del difetto di motivazione della decisione della Giunta di Stima, questo Giudice non avrebbe comunque il potere di "accertare nella somma di L. 8.499.822 il reddito di lavoro indipendente dell'attore signor Gasperoni Giorgio per il periodo di imposta relativo all'anno 1986", in quanto ciò si tradurrebbe in una indagine sul merito della decisione amministrativa, tenuto conto che "il giudizio di semplice estimazione o valutazione di un reddito rientra nei poteri esclusivi e definitivi della Commissione delle imposte [ora sostituita dalla Giunta di Stima a seguito della riforma tributaria] con la preclusione ad ogni reclamo all'autorità giudiziaria ordinaria (sentenza del Commissario della Legge in data 11 agosto 1951, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 2, p. 261 s.), e che "il ricorso alla Autorità Giudiziaria dà luogo a un giudizio di legittimità sull'operato degli organi tributari e non ad un giudizio di diritto obiettivo; il Giudice infatti non ha potere di determinare l'onere fiscale gravante sul contribuente" (sentenza del Commissario della legge in data 2 luglio 1993, nella causa civile n. 51 dell'anno 1990).

3. Deve, infine, essere aggiunto - anche ciò *obiter ed incidenter tantum* - che nessuna conseguenza può trarsi a carico della pubblica amministrazione dalla circostanza che "il diritto alla difesa del contribuente è stato ulteriormente violato per non avere il direttore dell'Ufficio Tributario e il presidente della Giunta di Stima ottemperato all'ordine impartito da S.S. III.ma il Commissario della Legge (nel corso dell'udienza tenutasi il 12 novembre 1992) di trasmettere all'autorità giudiziaria copia di tutta la documentazione relativa a questo procedimento".

Occorre precisare, al riguardo che il giudice non ha emanato alcun ordine di esibizione di copia della documentazione, essendosi - giustamente - limitato ad una semplice richiesta, tenuto conto che l'ordine di esibizione di documenti può essere emanato solo a seguito dall'esperimento di una apposita *actio ad exhibendum* - che ha come scopo quello di ottenere la produzione forzata di documenti in giudizio -, in presenza dei presupposti per l'esperimento di detta azione (i quali sono stati così individuati dalla giurisprudenza sammarinese: a) che il documento sia proprio di chi lo chiede in esibizione, o comunque ad esso comune; b) che l'azione sia diretta contro la parte avversaria nella lite; c) che chi promuove l'azione provi in modo preciso e sicuro che il documento richiesto si trovi effettivamente presso l'avversario; d) che il documento o la copia di esso non possano ottenersi in altro modo: cfr., per tutte, la sentenza di primo grado 12 giugno 1925, *Giur. samm.*, 1925, p. 19), ed in ordine alla sussistenza dei quali, nella specie, questa Autorità nutre non poche riserve.

4. In definitiva, deve essere respinto il ricorso promosso dall'attore, con conseguente condanna del medesimo al pagamento delle spese ed onorari tutti del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.



Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 9 novembre 1994.

Morri Lanfranco (Avv. Alberto Selva) : Morri Pier Luigi, Alessandra, Marco (Avv. ti R. e A. Bonelli) – Causa n. 124, anno 1991.

**Successione testamentaria – Transazione tra i coeredi sulla divisione dell'asse ereditario – Diseredazione del figlio “inconsulto calore” – Erede generale ed erede legittimario – Testamento olografo – Testamento pubblico – Clausola derogatoria – Testamento non solenne – Validità.**

*Nella transazione deve ricercarsi, con ogni diligenza, l'intenzione e la volontà dei contraenti, che deve ricavarsi non solo dal contenuto della transazione, ma anche, ed in specie, dalle discussioni precedenti alla transazione stessa perché tantum transetum quantum discussum.*

*La transazione tra i coeredi sulla divisione dell'asse ereditario può essere stipulata soltanto dopo che sia conosciuto ed esaminato il testo ed il tenore del testamento e del codicillo.*

*La diseredazione del figlio fatta dal padre inconsulto calore, cioè sotto l'impeto dell'ira, è nulla anche se sussiste una causa legittima. E' escluso però che l'assegnazione per testamento al figlio della portio legittima costituisca una ex h ereditio.*

*Per il principio locus regit actum è valido ed efficace il testamento olografo redatto da cittadino sammarinese in Stato estero, anche se non possiede tutti i requisiti prescritti dalla legge 4 luglio 1985 n. 78, che ha attribuito al testamento olografo la stessa efficacia del testamento per atto di notaio.*

*Il testamento successivo non rende nullo quello anteriore, nel quale è contenuta la clausola derogatoria, se di questa non è fatta speciale menzione.*

*E' valido il testamento non solenne, o privilegiato, sebbene manchi della solennità prescritte dal diritto comune, nel caso in cui è fatto dal genitore in favore del figlio.*

---

## FATTO

Con istanza depositata il 20 maggio 1991 l'attore ha chiamato in giudizio i convenuti perché “reietta ogni contraria istanza, eccezione, deduzione, ritenuta la responsabilità dei convenuti [...] ciascuno per le proprie obbligazioni [...]: A) accertarsi la nullità del testamento e del codicillo contenenti le ultime volontà del signor Morri Marino dichiarando pertanto l'apertura della successione ab intestato. In alternativa accertamento della lesione della quota di legittima e conseguente condanna dell'erede generale al reintegro; B) [nella] successione di Imelde Giovannetti [...] accertarsi la lesione della quota di legittima spettante al signor Morri Lanfranco condannando l'altro erede al reintegro di tale quota; C) accertarsi la simulazione del contratto [di compravendita tra Giovannetti Imelde e i nipoti Morri Alessandra e Marco (figli di Pier Luigi), ricevuto dal Notaio Giovan Luigi Franciosi, al rep. 1641 in data 18 settembre 1983, con il quale veniva trasferita la proprietà dell'appartamento in Rimini, Via le Cirenaica, angolo Via Derna], condannando i signori Morri Alessandra e Marco ai danni

patiti dal signor Morri Lanfranco in questi anni di non godimento e disposizione della metà dell'immobile. Condanna infine al risarcimento di tutti i danni patiti dall'attore (patrimoniali e morali) con riserva di una loro precisa quantificazione nel prosieguo di causa, il tutto nella debita considerazione della svalutazione monetaria e degli interessi legali, dalla data del dovuto a quella del saldo, vinte le spese ed onorari di causa".

Assume infatti l'attore di essere figlio legittimo dei defunti signori Marino Morri e Imelde Giovannetti, fratello del convenuto, signor Pier Luigi Morri, e zio degli altri due convenuti, signori Alessandra Morri e Marco Morri, entrambi figli del fratello Pier Luigi.

Lamenta in primo luogo l'attore che per successione al padre Marino, apertasi il 27 agosto 1978, regolata da testamento segreto, redatto l'8 dicembre 1968, con il quale il de cuius destinava a titolo di legato a Stefania Morri, figlia dell'attore, un appartamento in Milano, ma già venduto nell'anno 1969, ha nominato usufruttuaria generale la moglie Imelde Giovannetti e ha istituito erede generale il convenuto figlio Pier Luigi Morri, mentre l'attore è stato istituito erede per la quota di legittima, dichiarando però che "è stata totalmente assorbita da un esborso di una notevole somma di denaro e di cessioni immobiliari", posti in essere dallo stesso de cuius a favore di terzi per "un errore" dell'attore.

Con successivo codicillo del 30 agosto 1960 il de cuius ha confermato il testamento per la parte riguardante l'assegnazione in usufrutto e l'istituzione di erede generale, apportando le seguenti modifiche: "lascia in parti uguali ai due figli Per Luigi e Lanfranco, tutti i beni mobili da lui attualmente posseduti e da possedere, esistenti nella sua abitazione, presso terzi e presso Istituti intendendosi tra i beni mobili, anche denaro contante, crediti, azioni, preziosi".

Assume inoltre l'attore che al momento della morte del de cuius, sig. Marino Morri, il suo patrimonio immobiliare era composto di: 1) 1/2 di appartamento in San Marino, Piazzale della Stazione, distinto a catasto fabbricati al foglio 43, n. 183, sub 9; 2) porzione di fabbricato in Rimini, Piazza Ferrari, n. 5, ad uso negozio, distinto al N.C.E.U. al foglio 74, n. 997, sub 1; 3) porzione di fabbricato in Rimini, Via Brighenti, n. 2 ad uso appartamento, distinto al N.C.E.U. al foglio 74, n. 1625, sub 9; 4) 1/2 porzione di fabbricato adibito a negozio in Rimini, Corso Giovanni XXIII, n. 122 (già Corso Umberto, n. 1) distinto al N.C.E.U. al foglio 74, n. 549, sub. 1; 5) 1/2 porzione di fabbricato adibito a negozio in Rimini, Via G. Bruno, angolo Via Tempio Malatestiano, n. 9 distinto al foglio 9, n. 11208, sub 9 ex n. 4710/E, sub 8. Al patrimonio mobiliare dalla denuncia di successione risulta essere stata attribuito un valore di £.2.000.000=, contestato dall'attore.

Lamenta in secondo luogo l'attore che la successione della di lui madre, sig.ra Imelde Giovannetti si è aperta il 7 ottobre 1984 a seguito di testamento "pubblico" ricevuto dal Notaio Avv. Giovan Luigi Franciosi in data 19 giugno 1974, ove era disposto, che la de cuius ha lasciato "eredi generali i propri figli e precisamente a Morri Pier Luigi la sua quota di proprietà dei beni immobili, che la stessa possiede col marito; e quelli che dovesse acquistare in avvenire, l'appartamento di recente acquistato in Rimini in Viale Cirenaica - Angolo Via Derna, nonché altri beni che la stessa possiede in unione con la sorella e tutti i mobili, crediti, azioni, contanti, ecc., lascia in parti uguali ai propri figli Pier Luigi e Lanfranco".

Assume inoltre l'attore che alla data della redazione di questo testamento della de cuius, sig.ra Imelde Giovannetti, il suo patrimonio immobiliare era composto di: a) 1/2 di

appartamento in San Marino, Piazzale della Stazione, distinto a catasto fabbricati al foglio 43, n. 183, sub 9; b) 1/2 porzione di fabbricato adibito a negozio in Rimini, Via G. Bruno, angolo Via Tempio Malatestiano, n. 9, distinto al foglio 9, n. 1112, sub 2.; c) 1/2 porzione di fabbricato adibito a negozio in Rimini, Corso Giovanni XXIII, n. 122 (già Corso Umberto, n. 1) distinto al N.C.E.U. al foglio 74, n. 549, sub. 1; d) appartamento in Civitella di Romagna (Fo), in Piazza A. Fratti, n. C3, distinto al foglio 72, n. 155, sub 8; e) appartamento in Rimini, Viale Cirenica, angolo Via Derna, distinto al foglio 75, n. 430 sub 10, con locale garage, distinto al foglio 75, n. 430, sub.1.

Lamenta in terzo luogo sempre l'attore, che al momento della apertura della successione della de cuius, sig.ra Imelde Giovannetti, per una serie di vendite a titolo oneroso, nel patrimonio immobiliare erano rimasti soltanto la metà dell'appartamento in San Marino, Piazzale della Stazione, distinto al catasto fabbricati al foglio 43, n. 183, sub 9 e l'appartamento in Civitella di Romagna (Fo), in Piazza A. Fratti, n. C3, distinto al foglio 72, n. 155, sub 8. Entrambi i beni hanno subito un loro destino perché, quello che perveniva dalla proprietà con il defunto marito Marino Morri, per disposizione successoria della stessa è pervenuto al convenuto Pier Luigi Morri, mentre l'altro è pervenuto ai due eredi generali, l'attore Lanfranco Morri e il convenuto Pier Luigi Morri. Ma il bene descritto come "appartamento in Rimini, Viale Cirenica, angolo Via Derna, distinto al foglio 75, n. 430 sub 10, con locale garage, distinto al foglio 75, n. 430, sub.1", è stato venduto ai convenuti Alessandra Morri e Marco Morri, figli del convenuto Pier Luigi Morri, con atto del Notaio Avv. Giovan Luigi Franciosi, rep. 1641 del 18 settembre 1983, dalla stessa de cuius, sig.ra Imelde Giovannetti.

Infine afferma che con scrittura privata l'attore e il convenuto regolavano la divisione dei beni mobili appartenuti alla loro madre, sig.ra Imelde Giovannetti.

Costituitisi i convenuti hanno immediatamente eccepito l'infondatezza delle pretese dell'attore, nel cui interesse è stata riprodotta la citazione.

Con successiva comparsa del 24 ottobre 1991 il procuratore dei convenuti ha eccepito che "l'errore", attribuito nelle sue ultime volontà dal defunto padre all'attore, è da identificarsi nella vicenda culminata con la sentenza del Giudice Penale di Primo Grado del 9 maggio 1975, che ha dichiarato estinto per maturata prescrizione il reato ascritto all'attore "di avere, in più riprese, convertito in proprio profitto la somma di £.81.000.000=, profittando del rapporto d'Ufficio - nella sua qualità di cassiere capo della Cassa di Risparmio di San Marino".

Ha poi anche eccepito che la scheda testamentaria del de cuius, sig. Marino Morri, in proposito espressamente recita: "lascio la quota di legittima che è stata, però, totalmente assorbita da un esborso di una notevole somma di denaro e di cessioni immobiliari che ho fatto a favore suo anzi a favore di terzi per errore suo, nel mese di ottobre di questo anno, e come risulta da scrittura privata in data 22 ottobre 1968, la cui copia trovasi tra i documenti di casa". Inoltre ha eccepito che il 20 settembre 1981 l'attore ha dichiarato che gli è "stata consegnata la cassetta con i valori paterni".

Lo stesso procuratore contesta poi che la vendita in favore dei convenuti, Alessandra Morri e Marco Morri, possa ritenersi una vendita simulata, esistendo le "ricevute autografe di Imelde Giovannetti, [...] attestanti la veridicità della compravendita e la veritiera corresponsione del prezzo", nei confronti dei quali invoca la querela di falso.

Contesta all'attore inoltre un sostanzioso debito nei confronti della madre, che dovrà, come altre cose essere posto in collazione. E conclude a nome dei convenuti chiedendo "dichiararsi l'infondatezza in fatto e in diritto dell'azione intrapresa da Morri Lanfranco,

e quindi ne chiede la totale ripulsa, riconoscendo pienamente rispettate in ogni loro parte le disposizioni testamentarie dei genitori dell'istante e confermare la corrispondenza al vero e l'assenza di ogni simulazione per la compravendita immobiliare intercorsa fra Imelde Giovannetti e i nipoti abbiatici Alessandra e Marco Morri; il tutto con condanna dell'attore al pagamento delle spese di causa, compresi onorari giudiziali ed ogni altra accessoria di ciascuno dei convenuti", con riserva di proporre azione riconvenzionale per eventuali esborsi fatti dal convenuto Pier Luigi Morri, nei confronti dell'attore.

Con comparsa del 5 dicembre 1991 il procuratore dell'attore ha anche contestato ai convenuti di "impugnare la compravendita stipulata in data 18 settembre 1983 tra la signora Giovannetti Imelde ed il figlio Morri Pier Luigi avente ad oggetto 1/2 di porzione di fabbricato adibito a negozio in Rimini, Via G. Bruno, angolo Via Tempio Malatestiano, n. 9, distinto al N.C.E.U. al foglio 74, n. 1112, sub 2 in quanto simulata, al fine di quantificare e determinare l'asse ereditario della stessa signora Giovannetti e la misura dell'avvenuta quota di legittima spettante a Morri Lanfranco" attore.

Nel primo termine di prova nell'interesse dell'attore sono stati prodotti documenti dai quali risultano i fatti esposti. In particolare risulta anche che in data 10 giugno 1974 la sig.ra, Imelde Giovannetti, ha provveduto a manifestare le proprie ultime volontà a mezzo di un testamento ricevuto da un notaio alla presenza di due testimoni.

Decorso inutilmente il secondo termine probatorio e aperti i termini reprobatori, nell'interesse dei convenuti, sono stati depositati documenti dai quali risulta che la sig.ra Imelde Giovannetti - deceduta ad Oleggio (NO) il 7 ottobre 1984 - il giorno 27 dicembre 1983, ha redatto testamento olografo, sempre ad Oleggio, pubblicato a ministero del Notaio Dott. Avv. Antonella Bonelli in data 3 marzo 1992, Rep. n. 52. La de cuius ha istituito "erede universale di ogni sostanza eccedente la quota di riserva come sopra attribuita a Lanfranco, il figlio Pier Luigi Morri", avendo dichiarato che "in considerazione di quanto vivendo io e il mio marito Morri Marino, già è stato dato a mio figlio Morri Lanfranco, a quest'ultimo lascio soltanto la quota a lui riservata per legge, con l'obbligo di imputarsi quanto già ricevuto".

Risulta inoltre che la defunta ha rilasciato al proprio figlio Pier Luigi Morri tre ricevute, rispettivamente per le somme di £. 20.000.000=, "a fronte della compravendita della propria quota di un locale posto in Rimini in via Giordano Bruno, angolo Via Tempio Malatestiano"; di £.65.000.000= "a fronte della compravendita di un appartamento sito in Rimini Viale Cirenaica, Angolo Via Derna"; di £. 26.000.000= "a fronte della compravendita dell'appartamento sito in San Marino, loc. Palazzina".

Risulta anche che l'attore, in tre successive e diverse rate, ha ricevuto in prestito dalla madre, la defunta Imelde Giovannetti, la somma di £.64.000.000= oltre a 72 sterline d'oro, confermata da una ricevuta rilasciata dall'attore al convenuto, sig. Pier Luigi Morri, di aver anche ricevuto il 30 maggio 1984, sempre dallo stesso convenuto, la somma di £.3.000.000= il 9 luglio 1984, e la somma di £.11.200.000=, gravate entrambe di interesse del 15%.

Infine con scrittura privata autenticata risulta che l'attore, Lanfranco Morri, e il fratello convenuto, Pier Luigi Morri, in data 11 ottobre 1984, hanno convenuto di dare ai beni mobili un valore complessivo pari a £. 110.000.000=, di cui la metà doveva essere versata all'attore, in successive scadenze. Nella predetta scrittura i due eredi hanno anche dichiarato che "intendono per loro, eredi, aventi causa a qualsiasi titolo, aver ripartito equamente quanto da entrambi i genitori, con loro libera volontà, hanno disposto in vita per atto tra vivi o per testamento e quindi di rilasciare reciproca quietanza di quanto

stabilito e quantificato in danaro, come emerge dalla presente scrittura privata”.

E' stata poi allegata agli atti copia autentica della sentenza del Giudice Penale d'Appello del 9 maggio 1985, pronunciata nella causa penale n. 1435 dell'anno 1968, dalla quale risulta che l'attore è stato imputato “ai sensi degli artt. 511 e 35 nn. 2 e 10 in relazione all'art. 492 n. 3 C.P. per avere in più riprese convertito in proprio profitto la somma di £.81.100.000=, profittando del rapporto d'ufficio - nella qualità di Cassiere Capo della Cassa di Risparmio di San Marino - con grave ed ingente danno per il detto Istituto che della somma era possessore per conto terzi”. Risulta anche “che il padre del prevenuto si era offerto di coprire l'ammanco fin dal giorno successivo alla scoperta dello stesso” e che, comunque, “non vi é necessità di far salva l'azione civile della Cassa di Risparmio, atteso l'avvenuto ed integrale risarcimento del danno”.

Risulta infine anche dai testimoni che, con una serie di operazioni economiche, “i familiari del Morri [...] Lanfranco si sono volontariamente offerti per risanare l'ammanco” presso la Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino.

Con comparsa del 5 novembre 1992 l'attore ha poi ritualmente contestato anche ai fini del contraddittorio la validità delle ricevute rilasciate negli acquisti effettuati dal convenuto, Pier Luigi Morri, dalla madre Giovannetti Imelde “impugnando la [...] compravendita perché simulata”.

Nel termine di controprova sono stati depositati ulteriori documenti nell'interesse dell'attore ed è stato sentito un testimone, che ha dichiarato come il convenuto, Pier Luigi Morri, negli anni 1981-1982 abbia ristrutturato una mansarda posta a San Marino - Città, nel Piazzale dell'ex Stazione, per un importo complessivo di £.61.423.102=. I convenuti, sebbene formalmente invitati, hanno invece ritenuto di non poter sollevare gli istituti di credito dal segreto bancario, previsto dall'art. 24 della Legge Bancaria 12 febbraio 1986, n. 21. Pertanto le due lettere pervenute dalla Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino non possono essere allegate agli atti causa.

Aperto il termine ad allegare e depositare le memorie conclusionali, la causa è stata irrotolata, posta pro servato e trattenuta per la decisione.

Il procuratore della parte attrice nelle finali allegazioni in diritto ha così concluso: “in ordine alla successione mortis causa del Signor Marino Morri si richiede: a) di dichiarare la nullità del combinato disposto testamentario (testamento segreto dell'8 novembre 1968 e codicillo del 30 agosto 1970) del signor Marino Morri [...] e pertanto aperta la successione a causa di morte dello stesso signor Marino Morri sulla base della Legge; in via subordinata b) di dichiarare non sufficientemente soddisfatta la porzione legittima, con condanna del signor Pier Luigi Morri, erede universale, al pagamento della somma di £. 76.508.333= in favore del signor Lanfranco Morri, opportunamente aumentata della svalutazione monetaria e degli interessi al tasso legale dalla data del dovuto all'effettivo soddisfo; c) eventualmente infine considerare quale restituita ed in ogni caso corrisposta al padre Marino Morri, e pertanto da non imputarsi e collazionarsi, la somma [...] ammontante a £. 6.000.000=, con l'opportuna revisione ed aumento del quantum nella condanna richiesta alla superiore conclusione sub b)”. In ordine ai contratti simulati del 27 aprile 1980 e del 18 settembre 1983 e alla successione mortis causa della sig. ra Imelde Giovannetti lo stesso attore: “richiede a) di dichiarare la nullità per simulazione delle compravendite 27 aprile 1980 e del 18 settembre 1983 aventi per oggetto la metà della nuda proprietà dell'appartamento in San Marino, Piazzale della Stazione e del negozio di Via Giordano Bruno in Rimini effettuate in favore del sig. Pier Luigi Morri, simulato acquirente e comunque l'inopponibilità di tali vendite all'attore ai fini della

successione per causa di morte della signora Imelde Giovannetti; b) di dichiarare la nullità per simulazione della vendita 18 settembre 1983 della nuda proprietà dell'appartamento di Via Cirenaica in Rimini effettuata in favore dei signori Alessandra e Marco Morri, simulati acquirenti e comunque la inopponibilità di tale vendita all'attore ai fini della successione per causa di morte della signora Imelde Giovannetti; c) di dichiarare, conseguentemente, la nullità delle ricevute datate 23 maggio 1980 [...] e delle due datate 18 settembre 1983 relativamente alle somme rispettive che sarebbero state pagate dal sig. Pier Luigi Morri alla signora Imelde Giovannetti a fronte delle simulate vendite [...]; di dichiarare la nullità del preteso testamento olografo della signora Imelde Giovannetti datato 27 dicembre 1983 in quanto non autentico, poiché non riferibile alla volontà della signora Giovannetti di disporre per causa di morte in modo nuovo e diverso o comunque di redigere un testamento nuovo e diverso rispetto a quello redatto in forma pubblica del 16 giugno 1974; e) una volta ricomposto l'asse ereditario a seguito della declaratoria di nullità delle due compravendite [...] di dichiarare aperta la successione a causa di morte della signora Imelde Giovannetti sulla base del testamento pubblico 16 giugno 1974 e tenuto conto, per la valutazione del patrimonio ereditario, delle avvenute vendite, nonché del valore dei beni mobili diversi dal denaro risultante dalla scrittura privata dell'11 ottobre 1984 intercorsa tra il sig. Lanfranco Morri e il sig. Pier Luigi Morri al fine di definire le rispettive situazioni a tal tipo di beni. In via subordinata: f) se le alienazioni non dovessero essere ritenute simulate, che almeno siano ricondotte al valore reale e non al valore dichiarato [...] eventualmente, in via ulteriormente subordinata, considerando che il surplus rispetto al valore dichiarato, con atto di liberalità posto in essere dalla signora Giovannetti in favore del figlio Pier Luigi e della di lui famiglia e conteggiando tale surplus ai fini della determinazione delle effettive quote spettanti in conseguenza del testamento pubblico del 1974, nonché ritenuto un valore complessivo non inferiore a £. 350.000.000= totali, con l'incremento di valore in ragione del tasso annuo di rendimento al netto delle spese il 10% annuo depurato dell'inflazione, con riduzione del valore di questo surplus nella misura nella quale venga a ledere la quota legittima spettante al sig. Lanfranco Morri. In via ulteriormente subordinata: g) che, qualora sia ritenuta la simulazione, ma non la nullità del preteso testamento olografo del 1983, si ricomponga l'asse ereditario [...] si riconosca al Lanfranco Morri la quota di legittima". In ordine alle dichiarazioni 9 agosto 1983, 3 marzo 1984, 30 maggio 1984 e 9 luglio 1984, prodotte in atti dalle parti convenute chiede "di dichiararsene la nullità ovvero l'inefficacia delle stesse in quanto non probanti alcunché o non univoche in relazione allo scopo per le quali sono state prodotte" con la condanna nelle spese e negli onorari analiticamente precisati in £.38.606.585=.

I procuratori dei convenuti hanno concluso chiedendo di "confermare la piena validità e legittimità delle disposizioni testamentarie di Morri Marino e Giovannetti Imelde e quindi respingere l'istanza attrice in quanto del tutto infondata; - confermare che l'attore ha sicuramente ottenuto complessivamente quanto gli spettava come sua quota di legittima sulla successione di entrambi i genitori, calcolando quanto ricevuto durante la vita di questi e quanto corrisposto dall'erede Morri Pier Luigi, e quindi respingere l'istanza attorea al riguardo; - respingere perché del tutto infondate e comunque rimaste prive di prove le istanze attoree con le quali si chiedeva dichiararsi la simulazione delle compravendite effettuate da Giovannetti Imelde in favore del figlio e dei nipoti; - il tutto con condanna dell'attore alle spese tutte di giudizio, onorari di avvocato compresi, da

liquidare eventualmente anche in sentenza”.

## DIRITTO

1) Eccepiscono i convenuti che la dichiarazione, che l'attore e il fratello Pier Luigi Morri, si sono vicendevolmente rilasciati nella scrittura privata dell'11 ottobre 1984, autenticata dal Notaio e oggi regolarmente registrata, per cui “con la presente i sottoscritti intendono per loro, eredi, aventi causa a qualsiasi titolo, aver ripartito equamente quanto da entrambi i genitori, con loro libera volontà, hanno disposto in vita per atto tra vivi o per testamento e quindi di rilasciare reciproca quietanza di quanto stabilito e quantificato in danaro, come emerge dalla presente scrittura privata”, costituisca “un atto di definizione di dare ed avere in ordine alle disposizioni testamentarie”.

I convenuti attribuiscono pertanto a tale accordo, intervenuto tra due parti in causa dopo l'apertura delle successioni dei loro genitori, un valore transattivo. Sul punto, che invece appare subito di notevole importanza ai fini della decisione, nulla ha replicato l'attore, neppure nelle finali memorie.

Si deve infatti ritenere che la clausola riportata contiene affermazioni generali - “aver ripartito equamente quanto da entrambi i genitori, con loro libera volontà, hanno disposto in vita per atto tra vivi o per testamento” -, che non riguardano soltanto la divisione dei beni mobili lasciati per testamento pubblico dalla madre Sig.ra Imelde Giovannetti, cui la scrittura dava esecuzione in quel momento, e appartenenti all'asse ereditario della de cuius, ma quanto disposto a qualsiasi titolo in vita o per causa di morte, sia dal padre, Marino Morri, che dalla stessa madre.

Con quell'atto l'attore e il fratello convenuto si riconoscevano vicendevolmente di “aver ripartito equamente”, quanto avevano ricevuto “per atto tra vivi o per testamento”, e davano definizione a tutti i rapporti che a loro derivavano, sia per qualsiasi atto, anche di liberalità, posto in essere dai due genitori in vita, sia per gli atti di ultima volontà dei medesimi.

Gli eredi, oggi attore e convenuto, hanno scelto proprio il momento della divisione dei beni, pervenuti loro dalle due successioni, per definire i rapporti che entrambi hanno avuto con i due genitori viventi e i rapporti derivanti dalle disposizioni che gli stessi genitori hanno lasciato come ultime volontà.

**Insegna la giurisprudenza che “anche nella transazione é da ricercare l'intenzione delle parti: inquirenda est anxie et diligenter mens et voluntas contrahentium, qua reperta et cognita, potissimum ea est tenaciter seguenta (Urceolo, De transact. quaest. 81, n. 7,11 e 23). E l'intenzione deve ricavarsi non solo dal contenuto della transazione ma anche, ed in ispecie, dalle discussioni preesistenti alla transazione perché tantum transactum quantum discussum”** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge 19 gennaio 1932 nella causa n. 30 dell'anno 1928, in Giurisprudenza Sammarinese, 1931 e 1932, p. 40).

Le parti hanno infatti convenuto tra loro di avere posto in essere un ripartizione equa - “ripartito equamente” - di quanto è loro pervenuto da parte dei due genitori, sia per atto tra vivi, che mortis causa. Appare chiaro che l'intenzione di definire qualsiasi rapporto tra i due fratelli - la mens et voluntas contrahentium della dottrina - si é manifestata in quella vicendevole ricerca di equità, cioè di una giustizia nel suo più ampio significato morale, o se si vuole, in senso più materiale, nel perseguire un accordo giusto, ma

debitamente proporzionato, con il quale si era già proceduto alla ripartizione di ogni avere loro pervenuto dai genitori defunti. E infatti in questa sede, secondo le indicazioni della giurisprudenza - ci si riferisce alle "discussioni preesistenti alla transazione" - che devono essere considerate le affermazioni contenute nel testamento di Marino Morri, e delle quali è stata data prova con la sentenza n. 43 del 9 maggio 1975 del Giudice di primo grado per le cause penali e di appello per quelle sommarie, prodotta in atti.

Sul valore transattivo di una tale clausola non esistono né eccezioni, né seri dubbi, così come non esistono dubbi sul suo valore generale, investendo "l'intenzione delle parti" sia gli atti di liberalità perfezionati in vita nei confronti dell'uno e dell'altro figlio da parte dei due genitori, sia le disposizioni di ultima volontà.

**Secondo le categorie individuate dalla dottrina una tale definizione dei rapporti tra le parti si colloca come "transactio late, seu minus proprie" che, come è detto, "sumitur pro omni actu, quo ab obligatione receditur et quasi transitur, ac negotium aliquod inter quosdam componitur, sive id fiat litis componendae causa, sive non" - "impegna per ogni atto, da quale si recede dall'obbligazione e quasi si muta, e un negozio si compone tra qualcuno, sia che ciò sia fatto per comporre una lite, sia non"** (cfr. L. Ferraris, *Bibliotheca canonica iuridica moralis*, tom. septimus (S-Z), ed. Venetiis 1777, p. 450, nu. 2).

L'oggetto della transazione è infatti la ripartizione, o meglio l'atto di divisione dell'asse ereditario, avvenuta tra i due eredi dei beni appartenuti ai loro genitori, nel senso che i due eredi hanno ritenuto di adeguarsi a quanto i genitori stessi "con loro libera volontà, hanno disposto in vita per atto tra vivi o per testamento".

Sulla attribuzione dei beni che ne è derivata non è quindi possibile proporre alcuna lite.

**La dottrina ritiene che "fieri nequit transactio super relictis in testamento, vel codicillo, nisi prius inspectis cognitisque verbis illius textu expresso" - "la transazione non può essere fatta sopra quanto è lasciato per testamento, o per codicillo, se prima non è stato esaminato e conosciuto il testo espresso da quelle parole"** (cfr. L. Ferraris, *Bibliotheca canonica iuridica moralis*, tom. septimus (S-Z), ed. Venetiis 1777, p. 451, nu. 13). Proprio a questo proposito si deve obiettare che l'attore e il convenuto fratello, alla data della scrittura conoscevano perfettamente sia il testamento del padre, Marino Morri, sia soltanto il testamento "pubblico" della madre, Imelde Giovannetti.

2) Volendo anche esaminare la disposizione testamentaria del de cuius, Marino Morri, con la quale ha istituito "erede generale di tutte le [sue] sostanze il [suo] figliuolo Pier Luigi, mentre al [suo] figlio Lanfranco" ha lasciato "la quota di legittima che è stata però totalmente assorbita da un esborso di una notevole somma di danaro e di cessioni" fatte dallo stesso de cuius "a terzi per un errore suo, nel mese di ottobre di quest'anno e come risulta da scrittura privata", se ne dovrà comunque concludere per la sua validità.

Secondo l'interpretazione che ne dà l'attore il padre, Marino Morri, avrebbe provveduto ad una istituzione di erede a titolo universale - per tale si dovrebbe intendere il termine erede generale usato dal de cuius. Una tale volontà sarebbe stata poi riconfermata nel codicillo del 30 agosto 1970, dove é istituito un legato pro indiviso a favore di entrambi i figli per cui, sempre lo stesso de cuius, "lascia in parti uguali ai due figli Pier Luigi e Lanfranco, tutti i beni mobili da lui attualmente posseduti e da possedere, esistenti nella sua abitazione, presso terzi o presso istituti, intendendosi fra i beni mobili, anche danaro contante, crediti, azioni, preziosi e tutto quanto s'intende per beni mobili secondo la legge".



Sostiene l'attore che in questo codicillo "la volontà del de cuius fu quella di non considerare ad alcun titolo erede il figlio Lanfranco, nei confronti del quale non è stata usata questa qualifica". Conclude pertanto che nel testamento di Marino Morri e nel successivo codicillo, non c'è "una istituzione di erede, nemmeno per la quota corrispondente alla legittima", ma che si dovrebbe considerare - l'argomento letterale è il *mentre* del testamento, che si pretende usato in funzione avversativa - un "legato in base al quale è lasciata a Lanfranco la legittima".

La conclusione è che l'attore avrebbe subito "una diseredazione tacita, irrituale, non smentita dalla costituzione del legato di legittima, e compiuta sotto l'impulso dell'ira". Sarebbe l'esclusione dell'erede incólto calore, di cui parla la legge a C.3.28.19, elevata a principio nel diritto comune - come allega l'attore - per cui "exheredatio filii facta per patrem calore iracundie non valet, etiam subsistente legitima causa" - "non vale la diseredazione del figlio fatta dal padre sotto l'impulso dell'ira, anche quando sussiste una causa legittima" (cfr. Jason de Mayni, In primam super Codice commentaria..., rub. De inofficioso testamento 3.28, l. Si filia tua turpiter 19, ed Lugduni 1542, f.144va, nu.4).

Sarà bene subito precisare che la suggestiva e dotta tesi della difesa dell'attore non sembra persuasiva, perché il testamento di Marino Morri e il suo successivo codicillo, non possono essere aggrediti con una azione, che invece si qualifica giuridicamente per essere una querela de inofficioso testamento.

I due documenti - testamento e codicillo -, non sono affatto determinati dall'inconsultus calor, né si è posta in essere una irrituale exheredatio, perché l'attore, contrariamente a quanto sostiene, non è stato istituito legatario, bensì erede, assegnando a lui soltanto la quota di legittima. La volontà del de cuius, quale risulta dal testamento e dal codicillo successivo, è chiarissima nella sua banale designazione dei figli come due eredi e non ha bisogno di ulteriori chiose. Il padre ha voluto istituire eredi i due figli: ha indicato il primo come erede generale, non universale, come vorrebbe l'attore, contrapponendogli l'altro erede, al quale ha invece voluto destinare la sola quota di legittima. Il termine generale che la prassi notarile sammarinese adotta, è contrapposta all'erede legittimato, e non è affatto sinonimo di universale.

Il de cuius, sig. Marino Morri, perlomeno nel testamento, dimostra di conoscere perfettamente la forma del legato, dato che nello stesso testamento ha istituito legataria la nipote; ha poi nominato usufruttuaria la moglie, e, come si è detto, eredi i due figli, uno a titolo di legittimario.

3) L'affermazione che il figlio Lanfranco, l'attore, ha goduto di una consistente liberalità in vita - perché, come dice un qualificato testimone, confermando prove documentali, i genitori "si sono volontariamente offerti di risanare l'ammacco" - non inficia minimamente le ultime volontà del de cuius.

Né sono rilevanti i motivi per cui un genitore si sia comportato in tal senso: la onorabilità e la protezione di valori familiari, motivi strettamente egoistici ai quali si sarebbero ispirati i genitori secondo l'attore, è una ipotesi di lettura moralmente riduttiva dell'atto stesso, che ai fini di causa non prova nulla. Anzi, semmai sminuisce la generosità dell'atto stesso; fatti, che da questo punto di vista forse non è opportuno commentare, neppure in questa sede.

I fatti devono essere esaminati in diritto.

A quelle sommarie valutazioni soltanto di costume si oppongono comunque disposizioni cogenti, tipiche dell'Ordinamento Sammarinese e giuridicamente rilevanti, per cui è

tutt'altro che pacifico poter pervenire alle stesse conclusioni dell'attore.

**E' l'ordinamento sammarinese, che prevede a carico del padre, o dei genitori - oggi non farebbe alcuna differenza -, una responsabilità patrimoniale fino alla legittima. In forza del § 787 della Rub X del Libro VI delle Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini, il padre è tenuto al risarcimento del danno cagionato dal figlio convivente fino alla concorrenza della quota di legittima.**

Se è anche vero che non è stata data prova alcuna della convivenza e pertanto tale aspetto non rileva ai fini ultimi della decisione, si deve tener presente che questo è il regime vigente, prescritto dalla Rub. XII, testé allegata, che può invece investire comportamenti morali, socialmente rilevanti. **Qui si prevede una exheredatio, non solo rituale, ma anche sicuramente legittima, così sancita: “sed integre semel solutis non teneantur ulterius, immo nec ipse filius, vel nepos legitimam sic solutam possit ulterius praetendere, nec petere post mortem eorumdem” - “ma una volta pagata per intero non siano tenuti più oltre, anzi neppure lo stesso figlio, o nipote possa più pretendere, dopo la loro morte, la legittima così pagata”.** Ne discende in primo luogo che, nel diritto sammarinese, contrariamente a quanto dottamente sostiene l'attore, l'elenco delle cause di diseredazione della Nov. 115.3 non è affatto tassativo e che comunque, il de cuius con le sue ultime volontà non ha affatto escluso l'attore dalla successione. Ha solo richiamato un fatto avvenuto, perchè se avesse voluto procedere ad una exheredatio, come allega lo stesso attore, avrebbe dovuto seguire una forma espressa, cioè rituale. E l'assegnazione per testamento della portio legitima non è certamente una exheredatio.

**Considerato quindi che la designazione ad erede legittimo è stata legittimamente fatta, la si ritiene anche valida a tutti gli effetti, avendo il de cuius soltanto dato atto, di quanto all'erede legittimato era già stato elargito in vita.**

Un'ultima considerazione: è vero che la scrittura 22 ottobre 1968 - quella cui si riferisce il testamento di Marino Morri - non è stata prodotta dai convenuti e pertanto, allo stato degli atti non sappiamo cosa contiene: le richieste dell'attore - “di non eludere l'ultima e recente giurisprudenza in materia” - sono superflue. Se infatti si riferisce ai danni cagionati dall'attore a suo tempo alla Cassa di Risparmio, e al fatto che tali danni sono stati patrimonialmente ripagati dai genitori, allora va notato che i fatti sono provati anche altrove e non c'è alcun bisogno di quella scrittura. La sentenza penale, allegata in atti nell'interesse dei convenuti con decreto 15 maggio 1992 durante il primo termine reprobatorio, lo dice espressamente, riferendo il contenuto di una lettera dell'attore per cui il 14 novembre 1968 il medesimo confessava di essersi impossessato di £.81.100.000= e “si dimostrava al corrente della circostanza relativa all'avere il padre, indebitandosi allo scopo, coperto totalmente l'ammanco”.

Premessa dunque la validità del testamento di Marino Morri, in ogni caso un tale intervento, è patrimonialmente rilevante, e non può essere trascurato ai fini di valutare l'esistenza di quelle “discussioni preesistenti alla transazione”, che consentono di ricavare “quell'intenzione delle parti”, oggi in causa, che hanno portato alla transazione, e che consentono di dichiararne la validità.

Opponendosi la intervenuta transazione, l'articolata domanda dell'attore, relativa all'eredità morendo dismessa dal defunto padre Marino Morri, non può essere accolta, per essere intervenuta una transazione al momento della divisione dei beni, tra l'attore e il convenuto suo fratello sig. Pier Luigi Morri.

4) La stessa transazione spiega i suoi effetti nei confronti della ripartizione dei beni

provenienti dall'eredità morendo dismessa dalla madre, Sig. Imelde Giovannetti. Sostiene l'attore che il testamento olografo del 27 dicembre 1983, pubblicato come notaio da uno dei due procuratori costituiti in corso di causa, deve essere dichiarato nullo, "in quanto non autentico poiché non riferibile alla volontà della signora Giovannetti di disporre per causa di morte in modo nuovo e diverso e comunque di redigere un testamento nuovo e diverso rispetto a quello redatto in forma pubblica del 16 gennaio 1974".

Al contrario di quanto sostiene la tesi dell'attore, va in primo luogo affermato che, laddove il suddetto testamento fosse autentico, valido ed efficace, allora la transazione, avvenuta con scrittura privata dell'11 ottobre 1984, non avrebbe alcun valore nei confronti della ripartizione fatta in forza del precedente testamento pubblico del 16 gennaio 1974.

In proposito, come in parte si è già visto, la dottrina è tassativa: **non ha nessun valore la transazione che si è perfezionata nisi prius inspectis cognitisque verbis illius [testamenti]. Ma è soprattutto la motivazione di un tale principio che si adatta perfettamente al caso in questione "et ratio est, quia tales transactiones sunt captiose, cum possint heredes testamenta occultare, et facile legatarios inducere ut modico statim sibi dato contenti, magna relictas, sive legata, inespectato evenientia, et necdum certo scita, repudiet"** - "e la ragione è, che tali transazioni sono capziose, potendo gli eredi occultare i testamenti, e facilmente indurre i legatari affinché all'istante a loro sia dato del limitato, rifiuti le grandi cose lasciate, o i legati, senza aspettare il futuro, e l'idoneo non ancora certo" (cfr. L. Ferraris, *Bibliotheca canonica iuridica moralis*, tom. septimus (S-Z), ed. Venetiis 1777, p. 451, nu. 13)

Da questo punto di vista se la transazione intervenuta tra l'attore ed il fratello convenuto ha valore ed efficacia riguardo alle successioni testamentarie intervenute e ai successi, non investirebbe però il testamento olografo del 27 dicembre 1983, per di più pubblicato in corso di causa. E non investe neppure le successive vendite impugnate, come simulate e che riguardano la successione della madre, Imelde Giovannetti.

5) Ricorda l'attore che il testamento olografo è stato introdotto definitivamente nell'ordinamento sammarinese con Legge 4 luglio 1985, n. 78.

Recita l'art. 1 che "al testamento olografo é riconosciuta a tutti gli effetti la stessa efficacia del testamento per atto di notaio".

L'art. 2 invece, al primo comma, prescrive gli aspetti formali, ma che sono da ritenersi i requisiti essenziali del testamento olografo: "deve essere datato, scritto a mano e personalmente per intero e sottoscritto dal testatore in ogni sua pagina".

Il testamento della defunta sig.ra Giovannetti Imelde, pubblicato in corso di causa il 3 giugno 1992 dal Notaio Avv. Antonella Bonelli, che, secondo l'atto di pubblicazione, é descritto come "originale composto di un unico foglio di carta uso bollo, scritto da mano apparentemente identica per tutta la prima facciata e 18 righe della seconda facciata, del tutto privo di cancellature e abrasioni, postille ed altri vizi visibili", perlomeno nella copia conforme all'originale, depositata negli atti di causa, è datato 27 dicembre 1983 in Oleggio. Inoltre è apparentemente scritto da una stessa mano nella prima e nella seconda pagina, ma non è sottoscritto dal testatore in ogni sua pagina, bensì reca soltanto la sottoscrizione del testatore alla fine, cioè unicamente nella seconda pagina, dove, da quella che al Notaio è apparsa la stessa mano, sono state scritte le ultime diciotto righe.

Nella nuova disciplina dettata con la Legge 4 luglio 1985, n. 78, la mancanza di un tale requisito formale annullerebbe il testamento olografo della defunta sig.ra Imelde

Giovannetti, prodotto in causa nell'interesse dell'attore per vizio di forma.

Sulla essenzialità dei requisiti formali del testamento olografo non ci sono da spendere molte considerazioni. La particolarità richiesta dall'ordinamento sammarinese per cui tale forma di testamento, oltre agli altri requisiti formali, comuni nel testamento olografo anche in altri ordinamenti, deve anche essere sottoscritto dal testatore in ogni sua pagina, non trova riscontro nella disciplina, che ne dà, p.e., l'art. 602 del Codice civile italiano. Tra le due forme di testamento olografo - italiano e sammarinese - non esiste quindi alcuna specularità. La formalità introdotta dall'ordinamento sammarinese della sottoscrizione in ogni pagina, ha una sua ragione di essere nella manifestazione di volontà non disgiunta da una coscienza nel testatore, che redige autograficamente le sue ultime volontà. Il tutto in una forma di testamento, che non è nota alla tradizione del diritto comune, e che è stata introdotta per legge in tempi successivi alla redazione lasciata dalla *de cuius*.

Contrariamente a quanto asserisce l'attore il testamento in questione è tutt'altro che ispirato, anzi voluto da una "competenza anche formalistica" esterna. I requisiti richiesti che non accompagnano il testamento olografo della sig.ra Imelde Giovannetti nell'ordinamento sammarinese lo renderebbero radicalmente nullo, per evidente vizio di forma. Ma se la forma fosse stata presente a termini di legge, a nulla avrebbero rilevato i pretesi condizionamenti della volontà e del comportamento, sostenuti dall'attore, ma sforniti di prove sulle capacità intellettive e volitive della defunta sig.ra Imelde Giovannetti.

Rileva invece che il testamento olografo sia stato redatto in Italia, perchè il testamento olografo in questione, mancando delle formalità richieste, nell'ordinamento sammarinese sarebbe *contra legem*, se non lo salvasse, ma da questo solo punto di vista, una provvidenziale giurisprudenza, sicuramente conosciuta.

**6) Una recente giurisprudenza ha però affermato che "è principio generalmente accettato nel diritto internazionale privato, che la legge del luogo regoli le forme degli atti tra vivi e degli atti di ultima volontà" (cfr. Sentenza del Giudice delle Appellazioni del 25 luglio 1980, nella causa n. 61 dell'anno 1973, in Giurisprudenza Sammarinese, 1970-1980, p. 216). La decisione ha confermato in secondo grado una precedente pronuncia: "per il principio *locus regit actum* è valido ed efficace il testamento olografo redatto da cittadino sammarinese in Stato Estero" (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 15 dicembre 1977, nella causa n. 61 dell'anno 1973, in Giurisprudenza Sammarinese, 1970 - 1980, p. 216).**

**Dopo tali pronunce il problema che si pone è se, dopo la Legge 4 luglio 1985, n. 78, che ha attribuito al testamento olografo la stessa efficacia del testamento per atto di notaio, possa ritenersi valido ed efficace anche un testamento "redatto da cittadino sammarinese in Stato Estero", anche se non possiede tutti i requisiti richiesti dalla suddetta legge.**

**Il principio riconosciuto dalla giurisprudenza, per cui *locus regit actum*, attribuisce prevalenza assoluta alla legge territoriale.** Un tale principio, dopo le suddette pronunce, deve ormai ritenersi acquisito, sulla base peraltro che il principio stesso trova la sua fonte nelle norme del diritto internazionale generale, riconosciute come parte integrante dell'ordinamento sammarinese, in virtù dell'art. 1 della Legge 8 luglio 1974, n. 59, relativa alla Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese.

In conclusione, se non esistessero altri motivi di impugnazione, il testamento olografo

redatto in Oleggio, il 27 dicembre del 1983 dalla defunta Imelde Giovannetti, considerato da questo punto di vista, sarebbe da ritenersi valido a tutti gli effetti. Nei confronti di questo testamento, pubblicato in corso di causa il 3 giugno 1992, la transazione intervenuta tra l'attore e il fratello convenuto non avrebbe nessun valore ed efficacia, per la ragione che almeno una parte - l'attore - ne ha ignorato l'esistenza o perlomeno non è provato in atti, che nel momento in cui si è perfezionata la transazione, l'attore fosse a conoscenza delle nuove disposizioni date dalla defunta.

7) Sostiene l'attore che la mancanza di una volontà di revoca del testamento indicato come pubblico renderebbe il testamento olografo investito da "nullità ed inefficacia".

La considerazione dalla quale procede l'attore è che nel testamento pubblico del 19 giugno 1974, la de cuius, Imelde Giovannetti, ha affermato che "ha deciso di fare il suo ultimo testamento". Nel successivo testamento olografo, il 27 dicembre 1983, la stessa de cuius non ha invece espresso alcuna revoca del suo precedente testamento.

Si invoca così il principio enunciato dalla dottrina del diritto comune, per cui "testamentum secundum non tollit primum, in quo est clausula derogatoria, nisi faciat de ea specialem mentionem" - "il secondo testamento non toglie il primo, nel quale c'è la clausola derogatoria, se non si fa di quella speciale menzione" (cfr. B. Socino, Consilia, tom. II, cons. CLXIII, nu. 1).

Il problema dunque è se quella clausola - "ha deciso di fare il suo ultimo testamento" - possa o no considerarsi derogatoria rispetto ad ogni altro successivo testamento.

Certamente non è soltanto una clausola di stile, ma costituisce una manifestazione riconducibile alla volontà della de cuius e appartiene all'atto posto in essere, e sotto questo profilo, ha notevole rilevanza giuridica.

Quanto poi ad attribuirgli il significato che la sig. Imelde Giovannetti ha così inteso decidere in modo definitivo circa le sue ultime volontà, anche da questo punto di vista, non possono sollevarsi seri dubbi.

Ed è proprio qui il nodo essenziale, perchè quando nel testamento la de cuius ha dichiarato "di fare il suo ultimo testamento", nello stesso contesto ha anche dichiarato che "dispone delle sue sostanze". Dovendosi dare significato alle due frasi, tra loro coordinate, o si considerano una ripetizione di due identici concetti, oppure se si ritiene la seconda come l'enunciazione dei contenuti della manifestazione di ultima volontà, allora alla precedente si deve attribuire il valore della clausola derogatoria di cui parla la dottrina.

Più precisamente mentre con la seconda clausola - "dispone delle sue sostanze" - la de cuius indica le sue ultime volontà, con la prima - "ha deciso di fare il suo ultimo testamento" - pone l'accento sui suoi possibili ripensamenti, per cui "censetur illam apponuisse ne instigatu vel deceptione aliquorum et aliud inducatur" - "si reputa che apponesse quella clausola affinché non sia indotta per istigazione o per raggiro di qualcuno", come ritiene la stessa precedente dottrina (cfr. B. Socino, Consilia, tom. II, cons. CLXIII, nu. 4).

Ne discende quindi, sempre secondo la stessa dottrina, che "quando precedit primum cum speciale et secundum sequetur non facta speciali mentione primae clausulae, tunc quia lex habet hoc secondo pro suspecto, requiritur quod prioris voluntatis derogatoriae specialiter poeniteat. Si quis in principio testamenti, ff., De legatis tertio (D.32.22.pr.) et hoc ex praesumpta suspitione, ne postea contra voluntatem suam a filiis vel aliis aliter facere impellatur" - "quando precede il primo testamento con una clausola speciale e segue un secondo senza che venga fatta menzione della prima clausola, allora perché la

legge abbia in questo secondo per sospetto, si richiede che ci si penta della precedente volontà derogatoria, (D.32.22.pr.) e ciò per presunto sospetto, affinché poi non si urti contro la sua volontà di fare altrimenti dai figli o da altri” (cfr. B.Socino, Consilia, tom. II, cons. CLXIII, nu. 1), che, ancora una volta, allega Bartolo.

La conclusione è comunque che “dictum secundum testamentum valde supectum redditur et sic dictum testamentum effectum sortiri non habet” - “il predetto secondo testamento si rende grandemente sospetto e così il detto testamento non consente di raggiungere l’effetto” suo proprio.

8) Le argomentazioni dell’attore sono quanto mai pertinenti al problema della validità e dell’efficacia del testamento olografo, redatto successivamente ad un altro testamento dalla de cuius, e di per sé sarebbero più che sufficienti per concludere che il secondo testamento, l’olografo, privo di revoca espressa della clausola derogatoria, non invalida il primo, ricevuto dal notaio alla presenza di due testimoni.

Accertato che il secondo testamento è un testamento olografo, che segue il rito italiano, bisognerà però qualificare quale natura, cioè quali forme, ha il primo testamento, quello che le parti in causa hanno ritenuto pubblico. Perché è proprio in conseguenza delle forme con le quali si è formato il testamento che in diritto comune segue la sua disciplina in materia di revoca del primo testamento.

Le parti hanno definito questo primo testamento della de cuius come “pubblico”. La nozione non è proprio esatta e anche la giurisprudenza sammarinese prende le distanze da una tale nozione, quando ritiene che **“il testamento è un atto pubblico solo in ciò che il notaio afferma essere avvenuto in sua presenza e non in ciò che il testatore dice. Il testatore infatti, può dire cose esatte o errate, vere o simulate”** (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 27 agosto 1942 nella causa n. 5 dell’anno 1939, in Giurisprudenza Sammarinese, 1963, p. 147). **Ben diverso è dire che il testamento è un atto pubblico, oppure qualificare il testamento come “pubblico”.**

Se vogliamo stare alle classificazioni del sistema del diritto comune, **il testamento pubblico è addirittura un testamento non solenne, o meglio privilegiato quanto alle forme meno solenni che sono richieste, e si distingue perchè è reso “fide et auctoritate publica, principis nempe, vel iudicis”.**

Quindi anche il primo testamento, quello reso dalla de cuius, signora Imelde Giovannetti, davanti al notaio il 19 giugno 1974, presso la dottrina del diritto comune, non si qualifica come pubblico. Per le forme assunte, deve essere ritenere sempre non solenne, o privilegiato, perchè è costituito da una dichiarazione, resa davanti ad un notaio, alla presenza di due soli testimoni.

Sostiene la dottrina del diritto comune che il “testamentum non solemne, seu privilegiatum est, quod licet careat solemnitatibus alias de iure communi requisitis; ex specialibus tamen privilegio valet, ac si ipsas haberet, cuiusmodi est [...].testamentum parentum inter liberos conditum” - “il testamento è non solenne o privilegiato, quando sia pure manchi delle solennità richieste altrimenti dal diritto comune, per speciale privilegio ha valore, e se avesse le stesse, di qual sorta è [...] in testamento dei genitori fatto tra i figli” (cfr. L. Ferraris, Prompta Bibliotheca canonica iuridica, tom. septimum, ed. Venetiis 1777, p. 370, nu. 1-2).

Si è così precisato che il primo testamento della defunta sig.ra Imelde Giovannetti, reso davanti al notaio il 19 giugno 1974, in diritto comune non è un testamento “pubblico”, bensì un **testamento nuncupativo** - “quod sine scriptura, ac etiam sine subscriptione et subsignatione testium fit, cum testator coram requisitis testis heredem oretenus nominat,

seu nuncupat, simulque declarat, quid de bonis suis post mortem fieri velit [...] Hodie tamen talis nuncupatio, seu declaratio ultimae voluntatis, in scripturam a notario publico redegi potest” - **“che è fatto senza scrittura, e anche senza sottoscrizione o segno dei testimoni, quando il testatore nomina l’erede al cospetto dei testimoni, o pronunzia, e insieme dichiara, ciò che vuole sia fatto dei suoi beni dopo la morte[...].Oggi una tale pronunzia o dichiarazione delle ultime volontà può essere redatta in una scrittura da un notaio”** (cfr. L.Ferraris, *Prompta Bibliotheca canonica iuridica*, tom. septimum, ed. Venetiis 1777, p. 370, nu. 7-8) - **non solenne, perchè, reso in favore dei figli in presenza di due soli testimoni, è raccolto da un notaio.**

**Ma un tale testamento, privo delle solennità stabilite dalla legge** - cioè dal passo a Inst. 1.2.10.14 -, **non sarebbe valido, se non fosse privilegiato, perchè è un testamentum parentum inter liberos.** Tale forma di testamento non solenne, per il diritto comune è perfettamente valida, perchè “etiam nuncupativum testamentum inter liberos valet, quamvis careat omni solemnitate, dummodo per duos testes constet de voluntate testatoris” - “anche il testamento nuncupativo tra i figli vale, sebbene manchi di ogni solennità, purchè consti attraverso due testimoni della volontà del testatore”. Il rinvio alla C.6.23.21.3 - “ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus” - è d’obbligo. Sulla base di una tale fonte la stessa dottrina conclude “ubi sine ulla distinctione testamenti scripti, et nuncupativi absolute dicitur testamentum imperfectum valere, si fit inter liberos” - “dove senza alcuna distinzione del testamento scritto e del nuncupativo si deve valere perfettamente il testamento imperfetto, se è fatto tra i figli” (cfr. L. Ferraris, *Prompta Bibliotheca canonica iuridica*, tom. septimum, ed. Venetiis 1777, p. 382, nu. 29).

Sarà bene però precisare anche, che la forma non solenne di “testamentum inter liberos est illud, quod parentes, pater nempe vel mater, vel ascendentes in linea recta faciunt, et in eo liberos vel nepotes instituunt” - “testamento tra i figli e quello, che fanno i parenti, il padre naturalmente o la madre, o gli ascendenti in linea retta, e in quello istituiscono i figli e i nepoti” (cfr. L. Ferraris, *Prompta Bibliotheca canonica iuridica*, tom. septimum, ed. Venetiis 1777, p. 382, nu. 24). E si può così tranquillamente ritenere che il testamento della de cuius, sig.ra Imelde Giovannetti, reso davanti al notaio alla presenza di due testimoni il 19 giugno 1974, è un testamento nuncupativo privilegiato, perché è reso inter liberos.

Concludendo non esistono quindi dubbi sulla validità ed efficacia del primo testamento; né d’altra parte l’attore o il convenuto non avevano impugnato tale forma di manifestazione delle ultime volontà della loro madre, sig.ra Imelde Giovannetti.

9) Resta ora da vedere se il successivo testamento, che è soltanto olografo, possa o no revocare questa forma di testamento privilegiato.

La dottrina è nettamente contraria, perchè afferma che il “testamentum autem parentum inter liberos non aliter revocari potest, quam per aliud testamentum coram septem testibus legitime factum, quamvis prius coram duobus solum esset factum” - **“il testamento dei parenti tra i figli non può essere revocato altrimenti, che per mezzo di un altro testamento legittimamente fatto dinanzi a sette testimoni, sebbene precedentemente fosse fatto dinanzi a due testimoni soltanto”** (cfr. L.Ferraris, *Prompta Bibliotheca canonica iuridica*, tom. septimum, ed. Venetiis 1777, p. 403, nu. 33).

Ne deriva quindi che, il primo testamento, reso davanti al notaio, non sarebbe stato

revocato comunque, per le forme espressamente richieste per ottenere la revoca di questo particolare testamento. Conserverebbe pertanto la sua validità ed efficacia, anche se al secondo testamento non fosse di ostacolo la presenza di una clausola derogatoria nel precedente testamento, considerata l'assoluta mancanza di revoca espressa nel testamento olografo del 27 dicembre 1983.

Il testamento del 19 giugno 1974, che ha la forma di testamento nuncupativo privilegiato, perchè reso inter liberos, poteva essere validamente ed efficacemente revocato, soltanto da un nuovo testamento, reso però dalla de cuius nelle forme tipiche del testamento nuncupativo, cioè alla presenza di ben sette testimoni.

10) Ritenuto dunque che il testamento del 19 giugno 1974 è valido, e non è stato revocato dal successivo per carenza di forme, alla domanda dell'attore si oppone anche questa volta la transazione di cui alla scrittura privata e autenticata dal notaio, intervenuta tra le parti l'11 ottobre 1984, perché investe anche la successione della madre sig.ra Imelde Giovannetti. E' infatti accertato che l'attore, alla data della scrittura, conosceva perfettamente il testamento del 19 giugno 1974 e a quello, con la divisione, dava esecuzione e transazione.

Si aggiunge poi che nel sottoscrivere quella transazione l'attore conosceva perfettamente anche tutte le situazioni patrimoniali che si erano perfezionate a mezzo di vendite volute dalla propria madre, sig.ra Imelde Giovannetti, dato che il raggiro o la frode - con cui avrebbe dovuto essere impugnata la transazione -, rispetto a quelle alienazioni, non risulta provato negli atti di causa. Dopo quella transazione a nulla rileva pertanto che le vendite siano anche state simulate.

Contro la domanda di dichiarare simulate tali vendite in favore dei convenuti, tutte avvenute in tempi precedenti alla suddetta scrittura e sicuramente in tempi successivi al suddetto testamento del 19 giugno 1974, si oppone la stessa transazione, quando stabilisce che i due eredi - l'attore e il convenuto Pier Luigi Morri - hanno "ripartito equamente quanto da entrambi i genitori, con loro libera volontà, hanno disposto in vita per atto tra vivi o per testamento".

Le singole domande, con cui l'attore ha impugnato per simulazione le alienazioni, poste in essere dalla sua defunta madre sig.ra Imelde Giovannetti, non possono avere corso e essere accolte, in quanto sul punto - "quanto da entrambi i genitori, con loro libera volontà, hanno disposto in vita per atto tra vivi" - si è perfezionata tra le stesse parti una definitiva transazione in sede di divisione delle due eredità, derivate alle parti per successione ad entrambi i loro genitori. Nulla è da aggiungersi sul valore di una tale transazione, rinviandosi a quanto già è stato motivato in precedenza.

11) Si ritiene però che nel caso in questione le spese ed onorari del presente giudizio debbano essere compensati tra le parti in causa, in attuazione del § 273 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, laddove dispone "nisi tamen ipse victus legitimam litigandi causam habuerit" - "se però esso vinto non abbia avuto una legittima causa di litigare".



Raschi Marino (Avv. G.M. Marcucci) : Cavalli Zannoni Tonelli Cesare, Vitaliano, Rosanna (Avv. L. Bacciocchi); Castellani Silvana, Venturini Gloriana, Zonzini Maria Teresa (Avv. L. Bacciocchi) : Raschi Marino (Avv. G.M. Marcucci) – Cause riunite nn. 199 e 261, anno 1992.

**Vendita – Immobile destinato ad attività imprenditoriali, professionali, di interesse sociale – Sfratto – Locatario – Diritto di prelazione – Limiti.**

*I limiti stabiliti per il proprietario, ma anche per il locatario, sono esclusivamente formali.*

*Entrambe le parti devono attenersi alle forme; il locatario a quelle stabilite per l'esercizio del diritto di prelazione, accettando o meno entro trenta giorni da quello della ricezione della comunicazione di alienazione dell'immobile; il proprietario nel comunicare a quali condizioni intende alienare l'immobile a titolo oneroso.*

*Per il primo il decorso del tempo porta alla decadenza del diritto di prelazione. Per il secondo è essenziale, per adempiere all'obbligo di comunicazione, la esatta rispondenza delle condizioni di alienazione a quelle notificate.*

---

FATTO

Con istanza del 2 ottobre 1992 l'attore, Sig. Marino Raschi, ha chiamato in giudizio i convenuti, per sentire "dichiarare che i signori Cavalli Zannoni Tonelli sono tenuti a vendere l'immobile di cui trattasi per il prezzo complessivo di £. 350.000.000=, da pagare dall'acquirente contestualmente all'atto di trapasso di proprietà, il tutto previa dichiarazione di inefficacia del rogito stipulato; il tutto con condanna dei convenuti in caso di ulteriore loro resistenza al pagamento delle spese di causa, onorari di Avvocato compresi". Chiedeva inoltre l'attore il sequestro della somma di £. 350.000.000= contenuta in libretto bancario al portatore n. 17309, emesso in data 30 settembre 1992 dalla Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino e depositato dallo stesso attore in atti assieme all'istanza di citazione.

Si assume infatti da parte dell'attore, di essere il locatario di un immobile a destinazione barbieria di proprietà dei convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, immobile posto in Parrocchia di Dogana, Località Piazza Enriquez, sito al piano terra distinto al Catasto Urbano al Foglio 7, n. 333, sub 10, Cat. C/1, Cl. 9, di mq. 36, R.C. £.45.000=.

Assume altresì l'attore che in data 19 agosto 1992 i convenuti signori Cavalli Zannoni Tonelli hanno comunicato di aver venduto alle sig.re Gloriana Venturini, Silvana Castellani e Maria Teresa Zonzini, il suddetto bene, con rogito stipulato in data 4 agosto 1992 dal Notaio Avv. Livio Bacciocchi al Numero di Repertorio 1879, per la somma di £.350.000.000=, pagata in contanti alla stipula del rogito.

Si assume infine che con raccomandata del 1 settembre 1992 l'attore ha comunicato la sua intenzione di esercitare il diritto di prelazione "con versamento della somma in contanti alla data di stipulazione del rogito in data 1 settembre 1992", mentre un procuratore degli stessi convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, "comunicava di non acconsentire all'esercizio del diritto di prelazione da parte del locatario dell'immobile".

Autorizzato il sequestro, riprodotta la citazione nell'interesse dell'attore, si è costituito il

procuratore dei convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, che ha eccepito come fin dal 4 gennaio 1990 fosse stata inviata all'attore una raccomandata "al fine di consentire al locatario il diritto di prelazione". Eccepisce pertanto che lo stesso locatario è decaduto dall'esercizio del diritto, che peraltro poteva esercitare solo sulla porzione di fabbricato a lui locato. A questo proposito il procuratore dei convenuti dichiara in atti che "il prezzo di vendita di entrambe le porzioni di fabbricato [...] è stato di £.350.000.000=, dei quali £.300.000.000=, per la parte ad uso negozio locata al Raschi, e £.50.000.000=, per la parte retrostante, utilizzata come vano scale condominiale".

Accordato il termine statutario, sequestrato il canone di locazione versato dall'attore, depositate in atti copie conformi di documenti nell'interesse dei convenuti, accordato alla proprietà di eseguire lavori sul fabbricato, poi revocato su opposizione dell'attore, è stata ordinata la riunione alla presente causa della causa n. 261 dell'anno 1992, con la quale le sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, acquirenti dell'immobile, rappresentate in giudizio a mezzo dello stesso procuratore che difende i convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, hanno richiesto la riconsegna dell'immobile all'attore, sig. Marino Raschi, depositando istanza di citazione in data 27 novembre 1992 per sfratto, cioè essendo la causa per l'esercizio del diritto di prelazione già iniziata. Sulla riunione sono state espresse formali riserve, ed è stato aperto il primo termine di prova.

Nell'interesse delle attrici nella causa di sfratto, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, acquirenti, e quindi anche dei convenuti venditori, signori Cavalli Zannoni Tonelli, lo stesso procuratore ha chiesto ammettersi prova per testimoni. Risulta così che il 4 gennaio 1990 in nome e per conto di convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, è stata inviata una raccomandata all'attore, sig. Marino Raschi, per consentire al medesimo di esercitare il diritto di prelazione, peraltro esercitato da altri locatari sullo stesso immobile. Risulta anche che il prezzo richiesto è stato di £. 240.000.000=, senza che fossero precisate le modalità di pagamento, mentre, in relazione alla vendita realmente effettuata, il prezzo è stato di 350.000.000=. A scioglimento della riserva espressa va affermato che sono di nessun rilievo ai fini di causa le affermazioni riportate da un testimone, che si qualifica per essere un mediatore d'affari. Il suddetto testimone è interessato alla conclusa vendita dell'immobile - "avevo una formale procura di vendita di tutto il palazzo" - e quindi tutt'altro che indifferente al caso in decisione. Tale testimone, che non può ritenersi idoneo, riferisce come l'attore abbia affermato che il prezzo di vendita fosse stato troppo elevato e altre circostanze, che per la sua condizione non assumono valore probatorio.

In via incidentale l'attore, sig. Marino Raschi, con istanza del 7 maggio 1993 ha diffidato prima i convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, e poi le attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, "dall'apportare modifiche alle strutture dell'immobile oggetto della presente vertenza" e in particolare di "aprire un accesso per entrare nel locale in adiacenza alla barbieria". A questo proposito è stato eccepito dal procuratore dei convenuti e delle attrici, che "il piccolo vano confinate con la barbieria è da questa completamente indipendente e soprattutto non è mai stato locato, né in qualsiasi altro modo posto a disposizione o concesso in godimento al Raschi Marino".

Il procuratore delle attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, ha poi insistito, perchè si dichiari la risoluzione del contratto di locazione, rilasciando un mandato ad expellendum e perchè venga concesso sequestro sul libretto n.

1730, emesso il 30 settembre 1992 dalla Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, già sequestrato agli atti di causa. Su tale istanza l'attore sig. Marino Raschi, che nella causa riunita è convenuto per sfratto, eccepisce invece che "la decisione sul diritto di prelazione deve considerarsi pregiudiziale a quella sullo sfratto". Con decreto 2 febbraio 1994 è stato ritenuto che nelle richieste di sequestro conservativo e cautelativo, avanzate dalle attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, evidenziando le istanti soltanto la temerarietà della lite e il risarcimento del danno, non ricorre né il periculum in mora né il fumus boni iuris, presupposti necessari alla concessione del provvedimento.

Nel secondo termine di prova e poi in quello di controprova sono stati ammessi i documenti già depositati con l'istanza di citazione dal procuratore dei convenuti e delle attrici, nonché quelli depositati dal procuratore dell'attore, sig. Marino Raschi.

Risulta che i convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, il 19 dicembre 1984 hanno concesso in locazione all'attore, sig. Marino Raschi, con decorrenza dal 1 gennaio 1985, una "porzione di fabbricato al piano terra, distinta al Foglio 7, col n. 333, sub 10, località Dogana - Cat. C/1 - cl. 9, mq 36 - Piazza Enriquez. Detta porzione di fabbricato, che forma unità a sé stante sarà adibita a barbieria ed è composta di un unico locale corredato da contatori acqua, luce, servizi igienici ed impianto gas".

Risulta altresì che con lettera raccomandata del 19 agosto 1992 il procuratore dei convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, ha comunicato all'attore, sig. Marino Raschi, "che l'immobile da lui condotto in locazione è stato venduto in favore delle signore Venturini Gloriana, Castellani Silvana e Zonzini Maria Teresa, come risulta dalla copia del rogito" che veniva inviata. Deve rilevarsi che le tre scritture private, con le quali i convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, nominano rispettivamente procuratore speciale l'Ing. Roberto Ragini, non sono in regola con gli art. 53 e 54 della Legge 29 novembre 1981, n. 85, che prescrivono come le scritture private debbano essere registrate al fine di poter contare sulla certezza della data in essa indicata. Pertanto in applicazione del secondo comma dell'art. 59 della medesima Legge 29 novembre 1981, n. 85, stante l'omessa registrazione degli atti depositati, si deve dichiarare che gli atti stessi devono essere esclusi dal fascicolo degli elementi probatori.

Aperto il termine ad allegare, depositate le finali memorie in diritto, la causa è stata posta pro servato e trattenuta per la decisione.

Il procuratore dell'attore, nelle finali allegazioni in diritto, ha concluso chiedendo di "conoscersi fondata in diritto la richiesta di parte attrice onde riconoscere il diritto di prelazione di cui alla Legge 15 dicembre 1982, n. 117 art. 19 alle stesse condizioni di cui al rogito del Notaio Livio Bacciocchi [...] Si chiede infine rigettarsi l'istanza di sfratto in conseguenza dell'accoglimento della richiesta di parte attrice in ordine alla prelazione. E con condanna dei signori convenuti nella causa n.199/92 e degli attori nella causa 261/92 alle spese, onorari e quant'altro in ordine ai procedimenti in questione".

Il procuratore dei convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, e delle attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, ha così concluso: "1 - dichiarare, ad ogni effetto di legge, che i proprietari Cavalli Zannoni Tonelli hanno formulato legale e formale atto di interpello nei confronti del locatario Raschi Marino ai fini di consentirgli, ai sensi e per gli effetti dell'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, di esercitare il diritto di prelazione di acquisto della porzione di immobile a lui già concesso in locazione; 2 - dichiarare ad ogni effetto di legge, che il signor Raschi Marino, nel termine della legge tassativamente prescritto, non ha esercitato il diritto di

prelazione a lui spettante; 3 - conseguentemente respingere, in quanto destituita di ogni e qualsiasi giuridico fondamento, l'azione instaurata dal sig. Raschi Marino con l'atto introduttivo del giudizio, depositato nella Cancelleria del Tribunale Commissariale il 27 novembre 1992; 4 - dichiarare la risoluzione del contratto di locazione stipulato il 19 dicembre 1984 tra i proprietari del tempo ed il Raschi Marino, relativo a porzione di immobile sito in Dogana, Piazza Enriquez, distinto al Catasto Fabbricati al foglio 7, numero 333, sub 10; 5 - pronunciare lo sfratto immediato del Raschi dall'immobile de quo; 6 - rilasciare il più ampio mandato ad expellendum; 7 - dichiarare l'emananda sentenza esecutiva nonostante gravame; 8 - revocare la diffida intimata, con decreto emesso il 28 maggio 1993, nei confronti delle sig.re Castellani Silvana, Venturini Gloriana, Zonzini Maria Teresa, "dall'apportare modifiche alle strutture dell'immobile di cui alla presente vertenza" e in particolare "di aprire un accesso per entrare nel locale in adiacenza alla barbieria"; 9 - dichiarare, in via generica, che il sig. Raschi Marino è in obbligo di risarcire i danni della lite temeraria, e di ogni altra natura, causati sia ai convenuti Cavalli Zannoni Tonelli, sia alle attrici Castellani, Venturini, Zonzini; danni da determinarsi e da liquidarsi in successiva e separata sede di giudizio; 10 - autorizzare, a garanzia del risarcimento dei danni, il sequestro conservativo della somma di £.350.000.000= contenuta nel libretto bancario n. 1730, emesso il 30 settembre 1992 dalla Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, depositato presso la Cancelleria del Tribunale Comissariale dal Raschi Marino il 2 ottobre 1992; 11 - condannare il sig. Raschi Marino al pagamento delle spese e degli onorari di giudizio, da liquidarsi con successivo e separato provvedimento, previe esibizione di specifica nota".

## DIRITTO

1) Nonostante la riunione alla causa, avente il numero di ruolo più risalente, - la n. 199 dell'anno 1992 promossa dall'attore, sig. Marino Raschi, in punto ad esercizio del diritto di prelazione ex art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n°. 26 -, alla causa avente il numero di ruolo più recente, - la n. 261 dell'anno 1992 promossa dalle attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, in punto a sfratto a seguito di disdetta inviata ai sensi del primo comma, sub 2 dell'art. 16 della Legge 20 febbraio 1991, n°. 26 -, sia stata richiesta all'udienza del 14 gennaio 1993 dal procuratore dei convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, si deve riconoscere che la prima istanza è sicuramente pregiudiziale alla seconda, come ha sempre eccepito l'attore, sig. Marino Raschi.

Sulla connessione tra le due cause, presupposto necessario per dichiarare l'invocato riconoscimento di pregiudizialità, non merita spendere grandi argomenti, essendo sufficienti le deduzioni della procura dei convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, quando presentò l'istanza di riunione - "in quanto la definizione di entrambi i procedimenti è assolutamente collegata e definire l'uno significa definire anche l'altro". Si deve anzi aggiungere che l'istanza di riunione ha consentito nei confronti della acquirenti, le attrici sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, di integrare il contraddittorio con la loro presenza nella prima causa. Deve poi essere rilevato che l'integrazione è diventata definitiva, quando l'attore, sig. Marino Raschi, ha richiesto con separata istanza, che la domanda di diffida venisse rivolta anche alle suddette acquirenti.

2) Accertata la connessione oggettiva e soggettiva tra le due cause, occorre invece

motivare dettagliatamente sulla pregiudizialità della causa più risalente, promossa dal sig. Marino Raschi, nei confronti della causa successiva e quindi meno risalente, promossa dalle acquirenti, le sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini.

L'azione proposta dall'attore, sig. Marino Raschi, riguarda il riconoscimento di un diritto di prelazione e il suo conseguente esercizio sopra un bene immobile, già dato in locazione, bene che le attrici sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, hanno acquistato e rispetto al quale intendono esercitare lo sfratto nei confronti del locatario sig. Marino Raschi.

La posizione di locatario del sig. Marino Raschi, è pacifica. Non è invece pacifico il suo diritto di prelazione, perchè è contestato, sia dai convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, sia dalle attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini. I primi in ragione della loro costituzione in giudizio nella causa n. 199 dell'anno 1992, le seconde per avere proposto l'azione di sfratto nella causa n. 261 dell'anno 1992 e per non essersi opposte alla riunione delle due cause, finendo così per integrare il contraddittorio nella prima causa.

E' altrettanto pacifico anche, che l'attore, sig. Marino Raschi, contesti ai convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, il diritto ad alienare il bene di loro proprietà, senza aver esercitato l'interpello derivante dall'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, nei suoi confronti, poichè ha detenuto e detiene l'immobile in forza di un contratto di locazione.

E' altresì pacifico che, sempre lo stesso attore, sig. Marino Raschi, ma questa volta in posizione di convenuto, eccepisca alle attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, di non poter aver diritto ad ottenere lo sfratto nei termini richiesti, perchè anche contro di loro esercita il diritto di prelazione.

Una tale situazione processuale, che si articola in due momenti processuali, anzi in due pronunce tra loro collegate sul piano soggettivo ed oggettivo, presuppone sicuramente una coordinazione, che dipende dal valore gerarchico con cui una decisione può essere pronunciata rispetto all'altra. La questione è se prima si deve dichiarare la sussistenza o meno dell'esercizio del diritto di prelazione in capo all'attore sig. Marino Raschi, o invece se debba essere autorizzato lo sfratto. La pregiudizialità discende dal fatto che lo scegliere una soluzione reca pregiudizio all'altra, nel senso che si deve individuare quale sia la questione giuridica, che condiziona gli atti successivi e che quindi deve essere risolta con precedenza sulle altre questioni.

In tali termini si deve riconoscere come l'azione, proposta dal sig. Marino Raschi circa il riconoscimento del suo diritto all'esercizio della prelazione, condizioni la pronuncia di sfratto, perchè influisce direttamente su tale decisione. Infatti ove si riconosca la sussistenza di un tale diritto, dopo il deposito in atti della somma richiesta ex ultimo comma dell'art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n°. 26 1982, non è più possibile accordare lo sfratto, senza avere anticipatamente risolto la questione proposta con la lite più risalente.

3) La questione relativa alla pregiudizialità dell'azione proposta dal sig. Marino Raschi, rispetto all'azione proposta dalle sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, non è problema di poco momento nell'economia delle due liti. Il procuratore dei convenuti e delle attrici, ha insistito con particolare vigore, anche in corso di causa, sulla temerarietà della lite proposta dal sig. Marino Raschi, chiedendo, nelle finali conclusioni il risarcimento del danno per un tale titolo. Anzi in proposito ha

addirittura avanzato istanza per una remissione della causa in istruttoria.

Veramente, stante la contestualità con cui il procuratore difende i convenuti nella prima causa e le attrici nella causa di sfratto, sarebbe stato opportuno avesse precisato formalmente quale delle due diverse liti era quella temeraria, oppure quale era più temeraria dell'altra: se il proporre l'azione per vedere riconosciuto il diritto di prelazione o il resistere alla azione di sfratto, richiesta per "importanti e indilazionabili interventi edilizi". Perché da questo punto di vista tra i convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, e le attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, si individua un forte contrasto di interessi, non essendo state le procedure ex art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26, formalmente applicate dai venditori, cioè dai convenuti nella causa più risalente.

L'istanza, che vuole configurare una lite temeraria in capo a Marino Raschi, non si sa bene se in posizione di attore o di convenuto, comunque è destituita di ogni fondamento in entrambi i casi. La lite proposta dal sig. Marino Raschi, ancorchè non trovi valido fondamento giuridico, pone una questione - quale è quella della validità di un interpello inviato al locatario circa due anni e sette mesi prima della effettiva vendita - la cui soluzione in diritto è tutt'altro che immediata, perchè non disciplinata dalla legge, né risolta in giurisprudenza. Sopra una tale questione è ragionevole che l'attore abbia avuto dei seri dubbi e pertanto la sua posizione processuale si qualifichi per essere esattamente il contrario di quella, che integra gli estremi della lite temeraria. In tali termini, anche nell'ipotesi di una sua soccombenza, per lui, come attore e come convenuto, sarebbe soltanto un problema di pagamento delle spese giudiziali e non di risarcimento per danni da lite temeraria (cfr. Sentenza n. 53 dell'anno 1975).

Anzi l'eccezione di pregiudizialità, sollevata dal convenuto sig. Marino Raschi nella causa di sfratto, integra perfettamente l'ipotesi prospettata dal § 273 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, laddove dispone "nisi tamen ipse victus legitimam litigandi causam habuerit" - "se però esso vinto non abbia avuto una legittima causa di litigare". Si argomenta così stabilendo, che l'incertezza giuridica della disciplina del caso è la legittima causa, sufficiente a compensare le spese del soccombente secondo quella disposizione. E si conclude dichiarando che a maggior ragione una tale incertezza esclude sicuramente la malafede del litigator temerarius, e comunque non consente di ritenere l'eccezione di pregiudizialità, peraltro fondata, come una lite temeraria.

4) Si deve invece aggiungere - se è vero, come risulta dalla giurisprudenza allegata nelle finali allegazioni, che la lite temeraria è la "decisa volontà di molestare la controparte" - che nel caso si debba prospettare l'ipotesi contraria.

L'argomento della lite temeraria avanzato dai convenuti e dalle attrici, che ha per certi versi l'aspetto dell'atto emulativo, qui esaminato soltanto ad *abundantiam*, e specificatamente per respingere l'insistente richiesta delle stesse attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, non avendo il sig. Raschi eccepito nulla in proposito, né tanto meno concluso con specifiche istanze di condanna o altro.

In pendenza di una lite per vedere riconosciuta una prelazione da parte di un locatario - la n. 199 dell'anno 1992 - le acquirenti, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, avrebbero dovuto soltanto intervenire in causa, integrando il contraddittorio come litiscorti necessarie, non proporre, quando ormai la lite era formalmente radicata davanti ad una Autorità Giudiziaria, una azione di sfratto - la causa

n. 261 dell'anno 1992. In quella istanza, avanzata autonomamente dalla vicenda processuale già in corso, hanno addotto motivi, sui quali poi, in corso di causa, non hanno neppure fornito la benchè minima prova. E ci si riferisce proprio all'importanza e indilazionabilità degli interventi edilizi, nonchè alla incompatibilità con la presenza del locatario, motivi dedotti in giudizio dalle tre attrici e caratteristiche essenziali per disdire il contratto nella disciplina delle locazioni di immobili, destinati ad attività imprenditoriali, professionali e di interesse sociale.

Il loro comportamento processuale - è lo stesso procuratore che ha chiesto la riunione delle due cause, che quindi non può addurre la formale ignoranza dei fatti esaminati - ha accreditato invece la convinzione, che il vero interesse sia stato quello di contrastare la precedente domanda del sig. Marino Raschi, integrando così gli estremi della "decisa volontà di molestare la controparte", individuata dalla giurisprudenza come uno degli elementi che costituiscono la lite temeraria (cfr. Sentenza del Consiglio dei XII, del 25 febbraio 1976, nella causa n. 18 dell'anno 1970, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1970-1980, p. 82).

L'istanza per una condanna al risarcimento per lite temeraria del sig. Marino Raschi e i conseguenti provvedimenti cautelativi ed istruttori, proposti nell'interesse delle attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, non trovano quindi fondamento e non possono essere accolti.

5) A questo punto, ma solo per completezza di risoluzione di una questione preliminare, si deve significare che la posizione processuale dell'Ing. Roberto Ragini non ha alcun rilievo. In forza della carenza di documentazione - le irregolarità nella registrazione dei documenti depositati -, l'Ing. Roberto Ragini non può essere considerato procuratore di nessuno, dato che non può vantare nei confronti dei convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, nessun mandato processuale, neppure tacito. Né ha dimostrato di essere parte in causa.

Sempre per completezza andrà esaminata l'idoneità della testimonianza del mediatore. A parte il fatto che ha dichiarato di essere stato il procuratore dei venditori, oggi convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, per cui l'interesse in causa è evidente di per sé, è proprio la sua condizione di mediator o proxeneta, che non gli consente di essere testimone nella presente vicenda, che vede l'esercizio di una azione a tutela di un diritto di prelazione. In altre parole, se è vero che secondo il diritto sammarinese, **il mediatore può rendere testimonianza "de iis quae nomine officii ut proxeneta gessit", come generalmente ammette la dottrina del diritto comune, è altresì vero che la stessa dottrina, oltre il libero apprezzamento del giudice** (cfr. T.C. Giannini, F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria sammarinese*, R.S.M. 1967, p. 71), **circoscrive molto la sua posizione.**

Stabilisce infatti che "proxeneta seu mediator inter contrahentes regulariter testes esse non potest in actu, seu negotio, in quo operam suam impendit, praesertim si propter eiusmodi officium aliquod salarium seu emolumentum receperit" - **"il mediatore di regola non può essere testimone tra i contraenti nell'atto, o nel negozio, nel quale deve spendere la sua opera, soprattutto se a cagione di tale ufficio riceve di nuovo il salario o l'emolumento"** (cfr. L. Ferraris, *Prompta bibliotheca, canonica, iuridica*, tomus septimus (S-Z), p. 418, nu. 115). **Ciò significa che in una causa nella quale si discute, e fondatamente, dell'esercizio del diritto di prelazione rispetto ad una vendita già effettuata nella quale è intervenuto il mediatore, costui è teste inidoneo.**

6) Scendendo al merito della questione pregiudiziale si dovrà stabilire se l'interpello

ricevuto il 16 gennaio 1990 dall'attore, sig. Marino Raschi, espliciti tutto il suo valore rispetto ad un atto di trasferimento della proprietà, che si è perfezionato il 4 agosto 1992, cioè circa due anni e sette mesi dopo e con modalità - il prezzo in particolare - diverse da quelle precedentemente notificate.

*Recita il secondo comma dell'art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26: "Il proprietario deve comunicare al locatario, per mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, a quali condizioni intende alienare a titolo oneroso l'immobile, per consentirgli di accettare o meno entro trenta giorni da quello di ricezione della comunicazione". E' al precedente comma, che invece è previsto come "il locatario ha diritto di prelazione in caso di alienazione a titolo oneroso dell'immobile", ma la posizione di locatario dell'attore, sig. Marino Raschi, è sempre stata pacifica, in tutto il corso delle due cause riunite.*

*Si deve aggiungere, che il secondo comma dell'art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n.26, riproduce ad unguem il secondo comma dell'art. 19 della Legge 15 dicembre 1982, n. 117, sotto il cui regime l'interpello dei convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, datato 16 gennaio 1990 nella ricevuta di ritorno prodotta, è stato comunicato. La disciplina, perlomeno su questo punto, non ha subito modifiche.*

*La legge quindi fissa soltanto il termine entro il quale il titolare del diritto di prelazione deve comunicare o meno la sua manifestazione di accettazione delle condizioni di alienazione a titolo oneroso dell'immobile avuto in locazione. Decorso tale termine, si deve presumere che il locatario non intenda accettarle.*

*Al contrario nulla è detto dalla legge entro quale termine il proprietario deve, o meglio può perfezionare l'alienazione, diciamo soltanto che, decorsi i trenta giorni, a lui è riconosciuta la facoltà di perfezionare l'alienazione a titolo oneroso.*

*Dalla norma si può solo dedurre, che il regime posto in essere per l'esercizio del diritto di prelazione, è un regime strettamente formale, è una precisa procedura che deve essere rispettata: in difetto si pone in essere quanto previsto dall'ultimo comma dello stesso articolo 19. E il locatario, quindi, ha titolo per esercitare il diritto di prelazione nel "caso di violazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi".*

*Si deve però annotare che siamo in presenza di una norma di ius proprium, di diritto particolare, che per principio generale in diritto comune non ammette interpretazioni estensive. L'art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26, è una disposizione che si colloca tra quelle fonti normative, che sono le c.d. reformationes, cioè sulla successiva legislazione, recente e recentissima, che nella storia della costituzione sammarinese si è via via accumulata alle originarie leges statutae.*

*Da questo punto di vista non si può quindi proporre come termine, quello previsto per la prescrizione in generale. In altre parole non si può sostenere che, quando il proprietario ha inviato al locatario l'interpello - la comunicazione ex secondo comma dell'art. 19 della stessa Legge 20 febbraio 1991, n. 26 -, il termine di prescrizione della sua facoltà di alienare l'immobile sia di trenta anni. La norma in questione non può essere estesa fino a questo punto, ritornando in via interpretativa all'applicazione di una norma generale in un caso di disciplina normativa, che è tutta particolare.*

*7) Come reformatio, come norma di ius proprium, però ammette tutte le possibili interpretazioni di tipo sistematico, cioè all'interno del sistema normativo relativo alla locazione di immobili vigente nel diritto sammarinese, creato, con voto del Consiglio Grande e Generale, come manifestazione di volontà legislativa espressa in quella Legge 20 febbraio 1991, n. 26, che - vale la pena di ricordarlo - è il "Testo unico in materia di*



*locazioni di immobili” attualmente in vigore.*

*Allora si dovrà dire che la disciplina prevista per le locazioni di immobili destinati ad attività imprenditoriali, professionali e di interesse sociale, e in particolare la disciplina che prevede il diritto di prelazione in caso di alienazione onerosa, è istituita a protezione delle singolari situazioni giuridiche oggettive e soggettive, che si vanno a realizzare sopra particolari beni immobili, o meglio sopra immobili, che fino dalla loro origine non sono destinati ad abitazione, ma che hanno riservata quella particolare destinazione di uso, prevista dal titolo III della Legge 20 febbraio 1991, n.26.*

*Risulta perciò evidente, come nei confronti dei medesimi beni immobili è attualmente in vigore una legislazione particolare, che ha voluto riconnettere speciale rilevanza agli stessi beni immobili, assumendo la considerazione, che nella società sammarinese essi beni e, naturalmente, i loro conduttori, svolgono un particolare ruolo, socialmente ed economicamente preminente sul mero godimento del bene stesso. L’ordinamento sammarinese conferisce ai medesimi immobili, ai loro proprietari e ai loro locatori una rilevanza giuridica straordinaria, ben diversa da quella, che normalmente viene riconosciuta ai beni immobili dati in locazione per altri usi.*

*Interpretando in sistema le situazioni oggettive e soggettive, determinate dalla disciplina di tali contratti di locazione, si deve tenere conto, che la stessa Legge 20 febbraio 1991, n. 26, all’art. 1 ha in primo luogo stabilito “l’ambito di applicazione della legge”, regolando “tutte le locazioni di immobili urbani”. La stessa Legge, al titolo III, ha poi distinto espressamente il regime riservato alle locazioni degli immobili destinati ad abitazione dal regime degli immobili destinati invece ad attività imprenditoriali, professionali e di interesse sociale in genere. E ha provveduto a dare rilevanza giuridica diversa da quella ordinaria, propria delle abitazioni, al regime di locazione dei suddetti immobili.*

*L’esistenza di un bene immobile, destinato alle anzidette attività socialmente rilevanti, travalica quindi gli interessi del proprietario e dell’acquirente, quali singoli soggetti, personali ed economici. E’ stata così tutelata in forme esplicite l’interesse della intera comunità sammarinese e in particolare é stata tutelata l’iniziativa economica esercitata, in quel bene immobile e a mezzo di quel bene, da un altro soggetto, che ha posto in essere un contratto di locazione con l’originario proprietario dello stesso.*

*Una simile disciplina trova poi ampia giustificazione anche sul piano della sua legittimità in relazione ai principi generali dell’ordinamento sammarinese. Si può infatti concludere che, la proprietà e l’iniziativa economica privata, costituiscono due diversi e distinti principi che, perlomeno secondo la dichiarazione dei diritti, sono entrambi garantiti (art. 10, comma primo, della Legge 8 luglio 1974, n. 59) e che nel sistema giuridico sammarinese hanno assunto uguale dignità sociale e, conseguentemente, uguale valore giuridico. Ed é proprio il valore giuridico che assicura ad entrambi i principi una legittima tutela, non solo nelle situazioni soggettive, ma anche in quelle oggettive, disciplinando la vendita e l’acquisto, nonché il diritto di prelazione sotto particolari condizioni. La normativa in materia di locazione immobiliare tutela la continuazione della attività economica esercitata nel bene dato in locazione, anche in quel delicato momento che é il trasferimento di un siffatto bene per alienazione a titolo oneroso in capo ad un altro proprietario. Il regime, cui sono sottoposti gli immobili destinati ad attività imprenditoriali, professionali e di interesse sociale, dati dal proprietario in locazione, costituisce un modello sociale ed ideologico giuridicamente protetto dall’ordinamento. Tale modello pone i due beni - sempre la proprietà e*

*l'iniziativa economica privata - sullo stesso piano, e ne costruisce i rispettivi ambiti, secondo quanto è disposto dagli stessi principi generali dell'ordinamento sammarinese - "la legge ne prescrive i limiti a tutela dell'interesse pubblico" (art. 10, comma primo, secondo capoverso, della Legge 8 luglio 1974, n. 59). I limiti, che riguardano la disponibilità ad alienare un bene a titolo oneroso, sono quindi stabiliti soltanto dal Testo Unico in materia di locazione di immobili, la Legge 20 febbraio 1991, n. 26, non da altre norme, peraltro, in questo caso, non individuabili in via di ricorso al diritto comune.*

*In ultima analisi l'importanza dell'istituto del diritto di prelazione in caso di alienazione a titolo oneroso, disciplinato ex art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26, non consente una interpretatio in sede di giudizio, che attribuisca carattere costitutivo a prassi in contrasto con i principi in materia, oppure riconoscimento di consuetudini di non ben individuata origine.*

8) L'interpello ricevuto dall'attore, sig. Marino Raschi, il giorno 16 gennaio 1990, manifesta la volontà dei proprietari dell'immobile, da lui tenuto in locazione, di alienare lo stesso immobile a titolo oneroso.

Non riporta però esattamente, quanto è previsto in un simile atto dal secondo comma dell'art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26, e cioè "a quali condizioni" i convenuti, sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, intendono "alienare a titolo oneroso l'immobile per consentire" all'attore, sig. Marino Raschi, "di accettare o meno entro trenta giorni da quello di ricezione della comunicazione". Il prezzo comunicato - tra le condizioni, deve ritenersi essenziale - non è quello al quale si è successivamente perfezionata la vendita.

Eccepiscono i convenuti che il prezzo al quale hanno acquistato le attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, è superiore. E concludono che va da sé che se l'attore, sig. Marino Raschi, non ha acquistato ad un prezzo inferiore, non può neppure acquistare ad un prezzo maggiore. Il fatto, che tra l'interpello formale e la vendita sia decorso un lasso di tempo considerevole, in una eccezione così articolata - sempre a giudizio dei convenuti e naturalmente delle attrici - non assumerebbe alcun rilievo.

Ma nelle attività economiche, che rappresentano la causa oggettiva dell'atto di prelazione del locatario, quale è disciplinato nell'ordinamento sammarinese dall'art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26, il tempo e il suo decorrere, rappresentano invece un fatto determinante ed essenziale, per la rapidità con cui le attività cambiano nei loro più intimi aspetti, e per la rapidità con cui il soggetto economico, l'azienda, l'imprenditore, si devono adeguare.

**La legge - l'art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26 -, prescrivendo i trenta giorni, pretende una contestualità nell'esercizio del diritto di prelazione da parte del locatario. A maggior ragione la stessa legge deve quindi anche pretendere un contestualità nella definizione della situazione, che si determina quando il diritto non è esercitato, perchè così si pregiudica una attività economica, giuridicamente rilevante e giuridicamente protetta.** Non si può quindi sostenere che due anni e sette mesi siano un fatto del tutto trascurabile. Non si può far discendere conclusioni che sembrano ovvie, perchè consentono di innescare un argomento, che solo apparentemente è ispirato al buon senso, senza minimamente indagare in diritto la rilevanza giuridica dell'istituto del diritto di prelazione ex art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26. Nella logica dell'istituto della prelazione quella conclusione, che potrebbe anche trasformarsi in prassi prima e in consuetudine poi, è invece soltanto una pericolosa difficoltà, un

cavillo, che snatura e sovverte l'importanza che la legislazione sammarinese ha voluto dare all'istituto della prelazione dell'immobile locato per attività imprenditoriali, professionali o di interesse sociale.

**9) L'unica interpretazione possibile dell'istituto del diritto di prelazione ex art. 19 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26, è quella che impone di realizzare il suo esercizio in termini tali per entrambe le parti, che devono restare rigorosamente formali, quali la legge stessa prescrive. Dal punto di vista della normativa le condizioni alle quali il proprietario aliena il bene dato in locazione possono essere soltanto quelle che ha comunicato al locatario e non altre.**

Nell'evidente silenzio della legge, i limiti stabiliti per il proprietario, ma anche per il locatario, sono esclusivamente formali, proprio per l'importanza che si deve riconoscere ai principi, che lo giustificano e lo ammettono nel diritto sammarinese. Entrambe le parti si attengano alle forme: l'uno a quelle stabilite per l'esercizio del diritto di prelazione, accettando o meno "entro trenta giorni da quello di ricezione della comunicazione", l'altro nel comunicare "a quali condizioni intende alienare a titolo oneroso l'immobile". Per l'uno il decorso del tempo, porta alla decadenza dell'esercizio della facoltà, che a lui compete, per l'altro la rispondenza dell'atto di trasferimento alle condizioni notificate è essenziale per adempiere all'obbligo di comunicazione che il proprietario deve inviare al locatario.

Il fatto che all'attore fosse stato comunicato un prezzo, diverso da quello con il quale si è concluso il contratto di alienazione, in una logica che deve essere soltanto formale, non integra gli estremi delle condizioni alle quali il proprietario "intende alienare a titolo oneroso l'immobile".

I convenuti quindi non avendo adempiuto alle disposizioni del secondo comma dell'art. 19, hanno integrato gli estremi della violazione prevista dall'ultimo comma. E il locatario, sig. Marino Raschi, avendo depositato in Cancelleria la somma corrispondente a quella pattuita nell'atto di compravendita registrato, quale è stato comunicato in atti, dalle sue avverse parti, ha titolo per esercitare il diritto di prelazione.

Si ritiene pertanto che la domanda dell'attore, pregiudiziale, sia fondata e debba essere accolta.

10) Risolta in favore della domanda dell'attore la questione pregiudiziale, quella relativa allo sfratto nella causa riunita proposta dalle attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, proprio in ragione della motivata pregiudizialità, ne segue le conseguenze e non può essere accolta.

Le attrici, acquirenti di un bene sul quale grava il diritto di prelazione, non hanno alcun titolo per proporre al locatario uno sfratto, quali proprietarie dell'immobile.

Ad ogni buon conto, negli atti di causa le attrici, sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini, non hanno dato alcuna prova che l'immobile versasse nelle condizioni oggettive, previste dal primo comma, sub 2) dell'art. 16 della Legge 20 febbraio 1991, n. 26. Soprattutto non hanno dato prova alcuna della importanza e della indilazionabilità degli interventi edilizi autorizzati.

**L'importanza e l'indilazionabilità previste dalla legge per ottenere la disdetta dal contratto sono fatti oggettivi, che incidono sulla durata del contratto di locazione degli immobili destinati ad attività imprenditoriali, professionali o di interesse sociale e non dipendono dal solo arbitrio del proprietario. Devono perciò fondarsi su solide prove, dedotte in giudizio nelle forme di rito.**

11) Le spese e gli onorari di causa seguono la soccombenza e sono da porsi solidalmente

a carico dei convenuti, i sig.ri Cavalli Zannoni Tonelli, e delle attrici della causa riunita, le sig.re Silvana Castellani, Gloriana Venturini e Maria Teresa Zonzini.

L'obbligazione che deriva dalla condanna al pagamento delle spese giudiziali, è solidale perchè le attrici della causa riunita, integrando il contraddittorio nella causa più risalente - quella per l'esercizio del diritto di prelazione -, hanno contraddetto concordemente con i convenuti anche in questa sede la domanda dell'attore, senza mai rilevare il conflitto di interessi in quanto acquirenti, conflitto palesemente esistente in caso di soccombenza, tra loro e le parti convenute in una causa già formalmente radicata.

## 128.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 20 febbraio 1995.

Istituto per la Sicurezza Sociale (Avvocatura dello Stato) : Boschi Domenico e Costantino (Avv. G. Giardi); Amati Iris ed altri (Avv. G. Giardi) : Istituto per la Sicurezza Sociale (Avvocatura dello Stato) – Cause riunite nn. 158/162, 164/166, 168, 170, 184, anno 1992.

### **Sicurezza sociale – Casa di riposo – Pagamento della retta di degenza.**

*Prima dell'entrata in vigore della Legge 28 settembre 1992, n. 80, non sussisteva l'obbligo di pagamento della retta di degenza presso la casa di riposo.*

*Per il principio dell'acquiescenza, l'Istituto per la Sicurezza Sociale non può essere condannato alla restituzione di quanto già pagato a titolo di retta di degenza.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 10 settembre 1992 l'Istituto per la Sicurezza Sociale della Repubblica di San Marino, in persona del suo presidente e legale rappresentante, ha convenuto avanti a questo Tribunale i signori Boschi Domenico e Boschi Costantino per sentirli "intimare il pagamento in favore dell'I.S.S. della somma di Lire 57.725.000= più rivalutazione monetaria e interessi, il tutto ai sensi e per gli effetti della procedura prevista dalla Rubrica VII paragrafo 154 Libro II delle Leges Statutae e dall'articolo 1 della legge 19 gennaio 1989 n. 5, con spese ed onorari di causa da porre a carico dei convenuti".

Esponeva l'attore che la signora Macina Norina, rispettivamente coniuge e madre dei convenuti era degente presso la Casa di Riposo dal 10 novembre 1989. In virtù dell'art. 8 del Regolamento della Casa di Riposo adottato con delibera della Commissione Generale dell'I.S.S. del 21 febbraio 1986, successivamente modificato dall'art. 7 del nuovo Regolamento deliberato dal Consiglio di Amministrazione dell'I.S.S. in data 30 gennaio 1991, veniva richiesto il concorso dei familiari conviventi e dei figli nel pagamento della retta di degenza presso la Casa di Riposo, in quanto il reddito dell'interessata non era sufficiente alla copertura della retta. Il signor Boschi Costantino aveva sottoscritto in data 20 novembre 1989 il proprio impegno a versare mensilmente la

somma di L. 1.550.000 a titolo di concorso al pagamento della retta stessa. Tali somme non sarebbero state versate dai convenuti, per cui l'Ente attore risultava creditore della somma complessiva di L. 57.725.000=.

Con decreto in data 17 settembre 1992 veniva ammessa la procedura strumentale e, conseguentemente, si intimava al debitore il pagamento nel termine di due giorni utili.

All'udienza del 15 ottobre 1992 si costituivano i convenuti a mezzo procuratore, il quale avanzava opposizione alla procedura strumentale, chiedendo farsi luogo ad un ordinario giudizio di cognizione, ed esponeva che la "legge n. 21/1977 dispone che le spese relative alla Casa di Riposo siano per l'80% a carico dello Stato e per il 20% a carico dell'I.S.S. (art. 12). Tale norma è stata modificata con legge 28 febbraio 1984, n. 23, che, portando tutti i costi di gestione a carico dell'I.S.S., ha confermato in pieno la totale gratuità del servizio socio-sanitario di cui la Casa di Riposo fa parte. In merito alla dichiarazione sottoscritta dal sig. Boschi Costantino, figlio e tutore di Macina Norina, è a dirsi che essa non può rivestire rilevanza alcuna, giacché in totale contrasto con la legge e sottoscritta in condizioni di drammatica urgenza stanti le condizioni psichiche e fisiche della madre, accertate dal CIM e dalle assistenti sociali della Casa di Riposo".

Preso atto dell'opposizione spiegata, si faceva luogo ad un ordinario giudizio di cognizione.

Nel corso del primo termine di prova venivano ammessi documenti su istanza della procura convenuta, nonché quale teste l'avv. Pietro Chiaruzzi, Direttore Generale dell'Ente attore, escusso all'udienza del 18 marzo 1993.

Su richiesta della procura convenuta, con decreto in data 14 maggio 1994 veniva richiesto all'I.S.S. di esibire copia integrale ed autentica del fascicolo d'ufficio concernente il ricovero nella Casa di Riposo della signora Macina Norina, e veniva disposta l'allegazione agli atti di causa del fascicolo relativo alla causa civile n. 266 dell'anno 1990, concernente l'interdizione della signora Macina Norina. In data 16 agosto 1993 l'I.S.S. trasmetteva la documentazione richiesta.

Con comparsa in data 9 settembre 1993 la procura convenuta faceva rilevare che "innanzi a questo Tribunale pendono numerose cause civili, aventi lo stesso oggetto della presente; si tratta, in particolare, di cause intentate da ospiti della Casa di Riposo contro l'I.S.S. per sentir dichiarare che (ovviamente prima dell'entrata in vigore della legge n. 80/1992) i degenti ricoverati presso la medesima Casa di riposo nulla avrebbero dovuto pagare a titolo di retta e per sentir condannare l'Istituto alla restituzione di quanto illegittimamente aveva percepito o trattenuto. Trattandosi di identiche questioni giuridiche ed ai fini di economia di giudizio" chiedeva, di conseguenza "che sia disposta l'unione della causa Pasquinelli/ISS n. 168/1992, Boschi G./ISS n. 160/1992, Bernardi E./ISS n. 159/1992, Grassi A./ISS n. 164/1992, Casali E./ISS n. 161/1992, Amati I./ISS n. 158/1992, Salvatori/ISS n. 170/92, Mastella/ISS n. 166/92, Macina/ISS n. 165/92, Comanducci/ISS n. 162/92, al presente fascicolo per una comune trattazione e decisione".

Integrato sul punto il contraddittorio, e non opponendosi la parte attrice, veniva disposta la richiesta riunione.

Con la causa civile n. 158 dell'anno 1992 la signora Amati Iris ed il figlio Giardi Vincenzo avevano convenuto avanti a questo Tribunale l'Istituto per la Sicurezza Sociale per sentirlo "a) dichiarare che, ai sensi delle leggi vigenti, i degenti presso la Casa di Riposo non sono tenuti al pagamento di retta di degenza all'Istituto per la Sicurezza Sociale, b) condannare l'Istituto convenuto alla restituzione di quanto fino ad

oggi pagato o indebitamente trattenuto, in uno con interessi al tasso legale e danni da svalutazione monetaria; c) la condanna al pagamento di spese, funzioni ed oneri tutti del presente giudizio”. Esponevano gli attori che la signora Amati Iris, versando in precarie condizioni di salute che le avevano provocato uno stato di infermità, si trovava da tempo ricoverata presso la Casa di Riposo. L’I.S.S., “in base a regolamenti amministrativi, pretende dai degenti, eventualmente in concorso con le famiglie, una retta mensile esorbitante; tale pretesa, così come i regolamenti che la prevedono, è in aperta violazione di legge, giacché la legge istitutiva del Servizio socio-sanitario, di cui fa parte la Casa di Riposo (L. n. 21 dell’anno 1977, modificata con Legge n. 23 dell’anno 1984) prevede che i costi di gestione siano a totale carico dell’Istituto per la Sicurezza Sociale”. Lamentava, inoltre, che “quasi sempre, come anche nel caso della signora Amati, l’ISS condiziona l’ingresso in Casa di riposo al rilascio di un’autorizzazione a trattenere la pensione dell’anziano ovvero all’impegno sottoscritto dai familiari di concorrere al pagamento della retta; [...] l’ISS, fino a quando non ha ottenuto l’impegno dell’anziano o dei familiari a pagare una retta illegittima, non consente l’ingresso in casa di riposo; anche la signora Amati Iris, in stato di bisogno ed in gravi condizioni, si è impegnata a pagare la retta”. La signora Amati aveva presentato altresì ricorso all’ISS, che era stato respinto dal Consiglio di Amministrazione in data 24.06.92.

Con la causa civile n. 159 dell’anno 1992 il signor Bernardi Egisto, e poi, a seguito del decesso di questi, i suoi eredi, conveniva in giudizio l’I.S.S. per sentirlo “a) dichiarare che, ai sensi delle leggi vigenti, i degenti presso la Casa di Riposo non sono tenuti al pagamento di retta di degenza all’Istituto per la Sicurezza Sociale, b) condannare l’Istituto convenuto alla restituzione di quanto fino ad oggi pagato o indebitamente trattenuto, in uno con interessi al tasso legale e danni da svalutazione monetaria; c) la condanna al pagamento di spese, funzioni ed oneri tutti del presente giudizio”. Esponeva le stesse argomentazioni e lagnanze della signora Amati, e dichiarava di avere intentato ricorso al Consiglio di Amministrazione dell’I.S.S., respinto con delibera del 24 giugno 1992.

Con la causa civile n. 160 dell’anno 1992 la signora Boschi Giuseppina, il suo tutore ed i suoi familiari parimenti convenivano avanti a questo Tribunale l’Istituto per la Sicurezza sociale per sentirlo “a) dichiarare che, ai sensi delle leggi vigenti, i degenti presso la Casa di Riposo non sono tenuti al pagamento di retta di degenza all’Istituto per la Sicurezza Sociale, b) condannare l’Istituto convenuto alla restituzione di quanto fino ad oggi pagato o indebitamente trattenuto, in uno con interessi al tasso legale e danni da svalutazione monetaria; c) la condanna al pagamento di spese, funzioni ed oneri tutti del presente giudizio”, giustificandolo con la medesima causa petendi degli altri ricorrenti.

Stessa situazione veniva dedotta e avanzate le stesse richieste con la causa civile n. 161 dell’anno 1992 dalla signora Casali Ebe e dal nipote, con la causa civile n. 162 dell’anno 1992 dalla signora Comanducci Maria e dai suoi familiari, con la causa civile n. 164 dell’anno 1992 dalla signora Grassi Anna e dai suoi familiari, con la causa civile n. 165 dell’anno 1992 dalla signora Macina Norina, dal marito e dal figlio tutore, con la causa civile n. 166 dell’anno 1992 dalla signora Mastella Maria e dai suoi familiari, con la causa civile n. 168 dell’anno 1992 dalla signora Pasquinelli Giuseppina, e, a seguito del suo decesso, dai suoi eredi, nonché, infine, con la causa civile n. 170 dal signor Salvatori Romeo e dai suoi familiari.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza di entrambe le procure, documenti e numerosi testi, e venivano acquisiti, a seguito di trasmissione, i fascicolo d'ufficio relativi al ricovero presso la casa di riposo degli attori.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato le rispettive memorie conclusionali. All'udienza del 29 settembre 1994 si addiveniva alla irrotulazione, dopo di che il fascicolo era trattenuto per la decisione.

La procura attrice nella causa principale ha concluso chiedendo voler "accogliere la richiesta avanzata dall'Istituto per la Sicurezza Sociale e condannare i signori Boschi Domenico e Boschi Costantino al pagamento della somma di L. 57.725.000= più interessi e svalutazione monetaria a titolo di concorso nel pagamento della retta di degenza della signora Macina Norina presso la Casa di Riposo. Si chiede altresì che S.S. Ill.ma voglia respingere le richieste avanzate dai signori Pasquinelli Giuseppina, Boschi Giuseppina, Bernardi Egisto, Grassi Anna, Casali Ebe, Amati Iris, Salvatori Romeo, Mastella Maria, Macina Norina e Comanducci Maria nei confronti dell'Istituto Sicurezza Sociale, il tutto con vittoria di spese ed onorari di causa".

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo: "a) dichiarare che i signori Boschi Giuseppina, Pasquinelli Giuseppina, Bernardi Egisto, Comanducci Maria, Grassi Anna, Casali Ebe, Amati Iris, Salvatori Romeo, Mastella Maria, Macina Norina nulla dovevano all'ISS, prima dell'entrata in vigore della L. 80/92, a titolo di retta di degenza presso la Casa di Riposo; b) condannare conseguentemente l'ISS alla restituzione ai signori Boschi Giuseppina, Pasquinelli Giuseppina, Bernardi Egisto, Comanducci Maria, Grassi Anna, Casali Ebe, Amati Iris, Salvatori Romeo, Mastella Maria, Macina Norina o ai loro aventi causa le somme da questi corrisposte a titolo di retta di degenza, e/o le somme comunque trattenute dall'ISS in conto retta, c) condannare l'ISS al pagamento degli interessi legali e dei danni da svalutazione monetaria sulle somme di cui al precedente punto b); d) condannare comunque l'Istituto per la Sicurezza Sociale al pagamento di spese, funzioni ed onorari tutti del presente giudizio".

## DIRITTO

1. Il presente giudizio trova origine nella richiesta dell'Istituto per la Sicurezza Sociale di condannare i convenuti Boschi Domenico e Boschi Costantino al pagamento della retta di degenza della signora Macina Norina presso la Casa di Riposo, gestita dall'Ente medesimo. Tale pretesa risulta strettamente connessa ai ricorsi avanzati da alcuni ospiti della medesima Casa di Riposo, tra cui anche la signora Macina Norina, avverso la delibera del Consiglio di Amministrazione dell'I.S.S., che, decidendo sul reclamo dagli stessi proposto, ha riaffermato l'obbligo dei medesimi di provvedere al versamento della retta, il cui ammontare è stato stabilito dal Congresso di Stato su proposta del Consiglio di Amministrazione dell'Ente medesimo.

La decisione, pertanto, sui ricorsi avanzati con le cause civili unite alla presente assume rilevanza pregiudiziale in ordine alla decisione sulla domanda avanzata dall'I.S.S.

2. I ricorsi degli ospiti della Casa di Riposo e dei loro familiari vengono esperiti ai sensi dell'art. 56 della legge 22 dicembre 1955 n. 42 - recante il "riordinamento della legge 1950, n. 10. Istituzione di un sistema obbligatorio di sicurezza sociale" - il quale testualmente dispone: "contro i provvedimenti dell'Istituto per la Sicurezza Sociale inerenti alla concessione di prestazioni ed in genere all'attuazione delle disposizioni previste nella presente legge e successive norme è ammesso ricorso in via

amministrativa, entro trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento impugnato, alla Commissione per l'Assistenza, che deve pronunciarsi sul ricorso stesso entro i successivi trenta giorni. Contro la decisione della Commissione per l'Assistenza l'interessato ha facoltà di ricorrere alla magistratura ordinaria entro i normali termini di legge. Il ricorso amministrativo di cui al primo comma è condizione di proponibilità dell'azione presso la magistratura ordinaria”.

E' opportuno chiarire che la Commissione per l'Assistenza è stata sostituita dall'art. 90 della legge 30 giugno 1964 n. 37 con la Commissione Esecutiva, la quale, a sua volta, è stata sostituita con la legge 24 marzo 1983 n. 43, recante la riforma istituzionale dell'Istituto per la Sicurezza sociale - dalla Commissione Esecutiva preposta ai servizi sanitari, la quale, infine, è stata sostituita dal Consiglio di Amministrazione dell'I.S.S. con legge 19 settembre 1990 n. 105.

Viene infatti impugnata la delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Istituto per la Sicurezza Sociale in data 24 giugno 1992 n. 7, con la quale sono stati respinti i ricorsi avanzati dagli attuali attori nelle cause riunite alla presente tendenti ad ottenere l'esenzione dal pagamento della retta presso la Casa di Riposo, la restituzione di quanto fino ad oggi pagato, con revoca altresì dell'autorizzazione a trattenere, da parte dell'I.S.S., la pensione dei degenti.

In via preliminare occorre accertare la tempestività della proposizione dei presenti ricorsi.

Al riguardo, si rileva che la giurisprudenza sammarinese si è occupata del termine di proposizione del ricorso alla Autorità Giudiziaria avverso i provvedimenti dell'I.S.S. in materia di prestazioni sanitarie, fornendo l'interpretazione della locuzione “entro i normali termini di legge”.

E' stato chiarito, al riguardo, che **il ricorso *de quo* non “è appello in senso tecnico processuale”, e ne ha tratto la conseguenza che “al ricorso stesso non sono applicabili i modi ed i termini relativi alla interposizione ed alla introduzione, tipici dell'appello, avverso un provvedimento od una sentenza dell'Autorità Giudiziaria”** (Sentenza del Commissario della Legge in data 15 settembre 1986, nella causa civile n. 365 dell'anno 1981), **e che tale espressione deve essere riferita ai termini di prescrizione dei diritti: “i normali termini di legge, proprio perché il legislatore ha fissato un iter decorrono dalla data della decisione della Commissione Esecutiva, ma non si tratta dei termini previsti per il ricorso avverso sentenze, poiché di sentenza non si tratta, ma dei normali termini, cioè quelli relativi alla prescrizione dei diritti”** (sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni in data 4 settembre 1987, nella causa civile n. 365 dell'anno 1981).

Tale precedente, riguardante il ricorso ai sensi dell'art. 56 della legge n. 42 del 1955, deve considerarsi estensibile anche ai ricorsi in materia di prestazioni socio-sanitarie, in quanto le leggi successive hanno esteso l'ambito della sicurezza sociale fino a comprendervi anche le prestazioni socio-sanitarie.

Il provvedimento del Consiglio di Amministrazione dell'I.S.S. è stato comunicato all'attore con lettera in data 15 luglio 1992, mentre le citazioni sono state depositate in data 30 luglio 1992, conseguendone che il ricorso in esame deve ritenersi ritualmente e tempestivamente proposto.

3. I ricorrenti contestano dunque la legittimità del provvedimento con il quale l'I.S.S. non ha accolto i ricorsi amministrativi avanzati al fine di ottenere “l'esenzione dal pagamento della retta per degenza presso la Casa di Riposo, la restituzione di quanto



fino ad oggi pagato, con revoca altresì dell'autorizzazione a trattenere, da parte dell'I.S.S., la pensione dei degenti", con la seguente motivazione: "Il Consiglio, in forza della delibera del Congresso di Stato del 9.9.1976 n. 17 e delle successive decisioni degli organi istituzionali dell'I.S.S. respinge i ricorsi e conferma la prassi sino ad oggi seguita dagli uffici dell'I.S.S." (delibera del Consiglio di Amministrazione in data 24 giugno 1992 n. 7).

Al fine di pronunciare sul reclamo è d'uopo esaminare le disposizioni normative in base alle quali è stato imposto ai ricorrenti l'obbligo di provvedere al pagamento della retta di degenza presso la Casa di Riposo. Si tratta di atti amministrativi, aventi natura regolamentare, i quali si inseriscono in un contesto legislativo con il quale sembrano contrastare. Ciò almeno fino all'entrata in vigore della legge 28 settembre 1992 n. 80, la quale chiaramente stabilisce che "gli utenti del Servizio Socio-Sanitario, di cui alla legge 3 maggio 1977 n. 21 e successive integrazioni e modifiche, possono essere chiamati a concorrere alle spese di finanziamento del Servizio" (art. 1).

Sembra pertanto opportuno ripercorrere in ordine cronologico la successione di tali atti, al fine di trarre le debite conclusioni in ordine alla disciplina applicabile riguardo alla retta della Casa di Riposo prima dell'entrata in vigore della richiamata legge n. 80 del 1992.

*Tale obbligo - almeno stando a quanto risulta dagli atti - sembra essere stato introdotto con delibera del Congresso di Stato in data 9 settembre 1976 n. 17. Tale provvedimento amministrativo contiene, più in generale, il "regolamento di gestione della Casa di Riposo", emanato "su proposta del Deputato alla Sicurezza Sociale e in attesa di emanare la relativa legge".*

*Dopo avere premesso che "la Casa di Riposo ospita coloro che avendo perduto completamente l'autosufficienza fisica, necessitano di assistenza completa, e coloro che ne fanno esplicita richiesta pur godendo di autonomia psico-fisica" (art. 1), vengono, infatti, disciplinati i requisiti di ammissione degli anziani (art. 2), i criteri per l'ammissione degli stessi (art. 3), gli organi di gestione (artt. 7 e 8), e agli artt. 4 e 5 viene stabilita la retta. Questa "è calcolata annualmente in modo da coprire la spesa di gestione e verrà aggiornata ogni anno dalla Commissione Esecutiva dell'I.S.S. su proposta della Direzione Generale dell'I.S.S.. Il Consiglio di Gestione [...] valuterà il reddito dell'interessato e nel caso questo non sia sufficiente alla copertura della retta, dovrà richiedere ai familiari e ai figli, anche se non conviventi, valutato opportunamente il loro reddito, di concorrere a copertura dell'importo della retta. In caso di completa o parziale indigenza dell'interessato o dei familiari o dei figli l'I.S.S. interviene a completa copertura".*

*Con legge 3 maggio 1977 n. 21, nell'ambito della istituzione del servizio socio-sanitario, ove è ricompresa anche la gestione della Casa di Riposo (artt. 5 e 7), viene stabilito che "al finanziamento della presente legge si provvederà mediante un contributo dello Stato pari all'80% del costo derivante dal bilancio consuntivo delle attività del settore. Il restante 20% è a carico dell'Istituto Sicurezza Sociale in quanto prestazioni sanitarie" (art. 12). L'art. 1 della successiva legge 28 febbraio 1984 n. 23 ha modificato il citato art. 12, stabilendo che "il finanziamento del Servizio Socio Sanitario ed i relativi costi derivanti dalla gestione sono interamente di competenza dell'Istituto per la Sicurezza Sociale e sono posti a carico dell'apposito capitolo da istituirsi nel bilancio dell'Istituto per la Sicurezza Sociale".*

*Il Consiglio di Amministrazione dell'I.S.S., avvalendosi dei poteri conferitigli dall'art. 5 punto h) della legge 19 settembre 1990 n. 105, con delibera in data 30 gennaio 1991 n. 4 ha proceduto alla modifica del "regolamento della Casa di Riposo", abrogando i precedenti "regolamenti" del Congresso di Stato e della Commissione Generale dell'I.S.S. in data 21 febbraio 1986 (non prodotto in atti), e, tra l'altro, ha riaffermato all'art. 7 l'obbligo del pagamento della retta da parte dell'ospite, o, qualora i suoi redditi siano insufficienti, da parte del coniuge e dei figli, anche se non conviventi.*

*In definitiva, dall'esposizione che precede sembra potersi trarre la conseguenza che l'obbligo di pagare la retta per il ricovero nella Casa di Riposo è stabilito solo da regolamenti amministrativi, i quali sembrano contrastare con le disposizioni di legge, le quali pongono a carico dell'I.S.S. i costi per la gestione della Casa di Riposo medesima.*

4. E' noto che "in senso generico, la parola "regolamento" viene usata dalla dottrina e dalla pratica per indicare qualunque norma o gruppo di norme al di fuori delle leggi formali e degli atti ad esse equiparati che emanino da autorità dello Stato, da enti autarchici o da persone giuridiche, per determinare la propria organizzazione interna o per regolare la condotta dei propri componenti e, nei congrui casi, anche quella di estranei. In senso stretto la parola viene usata per indicare quella parte di queste norme che vengono emanate dallo Stato a mezzo del potere esecutivo ed aventi i caratteri delle norme giuridiche ossia delle leggi in senso materiale, nonché quelle degli enti autarchici anch'esse riconosciute dal diritto come norme giuridiche" (G. ZANOBINI, voce *Regolamento*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 240). In sostanza, **il regolamento è l'atto normativo di una autorità amministrativa. Il potere regolamentare incontra peraltro una serie di limiti che sono così stati individuati dalla dottrina: "a) le norme regolamentari non possono avere che un contenuto generale: mentre quelle emanate con atti legislativi formali possono riguardare anche casi singoli e derogare alle norme generali in vigore, per i regolamenti tale possibilità è esclusa. [...] b) ogni regolamento deve mantenersi nel campo della materia amministrativa e dei rapporti fra la pubblica amministrazione e gli altri soggetti di diritto: l'autonomia del potere esecutivo non può eccedere dalle materie proprie della funzione amministrativa. c) Vi sono alcune materie sottratte, in modo espresso, alla funzione regolamentare [...]. d) Nessun regolamento può derogare a norme contenute in leggi formali od in atti a queste equiparati; [...] e) i regolamenti delle autorità inferiori non possono derogare a quelli degli organi superiori"** (G. ZANOBINI, op., cit., p. 242. Cfr. anche P. VIRGA, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1979, p. 302 s.).

**In sostanza, il regolamento costituisce un atto subordinato alla legge, e, in quanto tale non può abrogare o derogare ad una legge, essendo fonte secondaria di norme giuridiche** (cfr. A. CERRI, voce *Regolamenti*, in *Enc. Giur. Treccani*, ad vocem, p. 5).

**Qualora non vengano osservati i limiti sopra indicati, il regolamento sarà viziato per violazione di legge, che produce "rispetto ad esso, gli stessi effetti che tale vizio importa nei riguardi di qualunque atto del potere esecutivo, ossia di qualunque atto formalmente amministrativo [...]. Ove [...] dell'efficacia del regolamento si discuta in una controversia di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, la illegittimità può sempre essere eccepita, con l'effetto di rendere inapplicabile, da parte del giudice, la norma che ne è affetta"** (G. ZANOBINI, op. cit., p. 242).

Sulla scorta dei principi sopra richiamati occorre procedere ad esaminare se il regolamento della Casa di Riposo emanato dapprima con delibera del Congresso di Stato

del 1976, e successivamente dagli organi istituzionali dell'I.S.S., abbia osservato i limiti evidenziati e, dunque, possa ritenersi legittimo.

5. Dall'esame del complesso sistema di norme che si è succeduto, talvolta sovrapponendosi senza coordinarsi, nella *subiecta* materia, si rileva che il regolamento del Congresso di Stato del 1976 è stato emanato "in attesa di emanare la relativa legge", vigente la legge 30 giugno 1964 n. 37, la quale, per quanto concerne l'ordinamento e l'organizzazione dell'Istituto per la Sicurezza Sociale, si sostituisce alla legge 22 dicembre 1955 n. 42.

L'art. 2 di tale legge stabilisce che "l'Istituto è sottoposto alla diretta vigilanza del Congresso di Stato, alla cui approvazione debbono essere sottoposti, per divenire esecutivi, i provvedimenti di carattere generale riguardanti l'organizzazione amministrativa e sanitaria dell'ente".

In sostanza, in assenza di una legge che disciplinasse il servizio socio-sanitario, il Congresso di Stato è intervenuto facendo uso del potere regolamentare conferitogli in via generale dal citato art. 2 della legge n. 37 del 1964, ha emanato un provvedimento *praeter legem*, volto, cioè, a disciplinare un settore non regolamentato dalla legge.

La legge 3 maggio 1977 n. 21, la quale - come detto - all'art. 12 stabilisce che il finanziamento del servizio socio-sanitario si provveda "mediante un contributo dello Stato pari all'80% del costo derivante dal bilancio consuntivo delle attività del settore" mentre "il restante 20% è a carico dell'Istituto per la Sicurezza Sociale in quanto prestazioni sanitarie", ha colmato la lacuna, e, pertanto, il regolamento del Congresso di Stato, nella parte in cui prevedeva l'istituzione della retta a carico dei degenti e dei loro familiari, è stato abrogato. E' noto, infatti che "a causa del rapporto di subordinazione, che intercede fra il regolamento e la legge, il primo può essere abrogato e sostituito da un atto legislativo. Sembra certo che, una volta sostituita la norma regolamentare con quella legislativa, questa non possa più essere modificata se non con altra legge: il potere esecutivo resta spogliato, per la relativa materia, della sua potestà regolamentare" (G. ZANOBINI, voce *Regolamento*, cit., p. 243 s.). Ne consegue che, per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 29 del 1977, gli artt. 4 e 5 del "regolamento" sono divenuti inapplicabili, in quanto abrogati dalla legge.

Altrettanto deve dirsi dei successivi regolamenti emanati dagli organi dell'I.S.S., vale a dire quello emanato dalla Commissione Generale dell'I.S.S. con delibera in data 21 febbraio 1986 n. 3 (peraltro non prodotto in atti), e quello adottato dal Consiglio di Amministrazione dell'I.S.S. con delibera in data 30 gennaio 1991 n. 4.

Quest'ultimo, in particolare è emesso "a mente del punto h) dell'art. 5 della legge 19.9.90 n. 105". Tale norma demanda al Consiglio di Amministrazione di "approvare i regolamenti interni ai vari servizi", come pure il combinato disposto degli artt. 9 e 5 della legge 24 marzo 1983 n. 43 e dell'art. 5 della legge 28 gennaio 1987 n. 10, attribuiva alla Commissione Generale dell'I.S.S. lo stesso potere.

Si osserva, peraltro, che **tale potere regolamentare deve esercitarsi nell'ambito della legge, e non può essere usato per introdurre norme contrastanti con precetti legislativi** (che sono le già citate leggi n. 29 del 1977 e n. 23 del 1984). **Anche tali regolamenti, pertanto, devono considerarsi illegittimi nella parte in cui stabiliscono l'obbligo per i degenti della casa di riposo e dei loro familiari di pagare la retta, e come tali, non potevano e non possono essere applicati.**

Vale inoltre la pena osservare che una **tale interpretazione** - che sinora è stata svolta esclusivamente sul piano della normativa vigente nella materia in esame, **risulta**

rafforzata anche dall'art. 13 della legge 8 luglio 1974 n. 59 - la "Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese", il quale dispone che "nessuna prestazione patrimoniale o personale può essere imposta se non dalla legge". Ed è noto che, conformemente all'art. 16 della medesima Dichiarazione, "i giudici sono tenuti ad osservare i principi della presente dichiarazione nella interpretazione ed applicazione del diritto".

La norma di rango costituzionale introduce, pertanto, una riserva di legge, più volte ribadita dal legislatore ordinario. L'art. 10 della legge 24 marzo 1983 n. 43 - recante la riforma istituzionale dell'Istituto per la Sicurezza Sociale - opportunamente stabilisce che "il finanziamento dell'Istituto per la Sicurezza Sociale avviene attraverso la riscossione dei contributi e delle imposte ed il finanziamento dello Stato *nelle modalità ed entità stabilite dalle leggi delle singole gestioni*". Allo stesso modo, l'art. 33 della legge 19 settembre 1990 n. 105 sancisce che "il finanziamento dell'Istituto per la Sicurezza sociale avviene attraverso la riscossione dei contributi delle imposte ed il finanziamento dello Stato *nelle modalità stabilite dalle leggi*".

Da tutto questo complesso apparato normativo si trae, dunque, la conclusione che **devono ritenersi illegittime le norme dei regolamenti amministrativi emanati dal Congresso di Stato e successivamente dagli organi dell'I.S.S. dopo l'entrata in vigore della legge n. 29 del 1977, in quanto la partecipazione dei degenti della Casa di Riposo e dei loro familiari al pagamento della retta non è stabilita dalla legge, la quale anzi, pone gli oneri relativi a carico del medesimo Istituto.**

E' al riguardo opportuno rilevare che di ciò sembra conscio anche il Consiglio di Amministrazione dell'Istituto per la Sicurezza Sociale, allorché motiva il rigetto dei ricorsi in esame con la seguente motivazione: "Il Consiglio, in forza della delibera del Congresso di Stato del 9.9.1976 e delle successive decisioni degli organi istituzionali dell'I.S.S., respinge i ricorsi e conferma *la prassi fino ad oggi seguita dagli Uffici dell'I.S.S.*" (delibera del 15 luglio 1992 n. 7).

E' sufficiente ricordare, al riguardo, che la **"prassi amministrativa - consistente nella costante osservanza di un certo comportamento nell'esercizio della funzione amministrativa - si basa sull'applicazione del sistema normativo vigente e non può essere considerata legittima (e perciò ammissibile) se non in quanto non si discosti da esso** (la prassi opera nei vuoti normativi" (così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 13° ed., Napoli, 1982, p. 72 s.). In tal caso risulta di tutta evidenza che la prassi richiamata deve considerarsi non legittima, in quanto attuata in contrasto con quanto dalla legge stabilito. E d'altra parte, il riferimento alla prassi non sarebbe stato necessario, qualora vi fosse una fonte di grado superiore che consentisse il prelievo della retta *de qua*.

Questo Giudicante è altresì confortato nelle conclusioni cui è pervenuto dalla recente giurisprudenza sammarinese.

In merito alla retta della Casa di Riposo il Giudice delle Appellazioni penali prof. Piero Gualtieri, nella sentenza depositata in data 3 giugno 1994 nel procedimento penale n. 19 dell'anno 1989 ha enunciato i seguenti principi: "Deve in proposito rilevarsi che il regolamento di Gestione della Casa di Riposo, approvato con deliberazione del Congresso di Stato n. 17 del 9 settembre 1976, stabilisce che la retta vada calcolata annualmente dalla Commissione Esecutiva dell'I.S.S. su proposta della Direzione Generale dello stesso Istituto, in modo da coprire le spese di gestione, e che competa al Comitato di Gestione di valutare il reddito dell'interessato e, nel caso questo non sia

sufficiente, di richiedere un concorso economico ai familiari, se in grado di sostenerlo, ovvero, se sussista una loro completa o parziale indigenza, di porre a carico dell'I.S.S. il completo costo della degenza. [...] Questa deliberazione si inseriva però in un sistema nel quale l'art. 12 della legge 3 maggio 1971 [dicasi 1977] n. 21, istitutiva del Servizio Socio-Sanitario, prescriveva che al finanziamento "si provvederà mediante un contributo dello Stato pari all'80% del costo derivante dal bilancio consuntivo delle attività del settore" e che "il restante 20% è a carico dell'Istituto Sicurezza Sociale in quanto prestazioni sanitarie": e il principio sembrava riferibile anche al servizio Anziani, rivolto agli appartenenti a tale categoria "non più in grado di provvedere completamente a se stessi" (art. 7). Nella legge n. 21 mancava, quindi, la espressa previsione di oneri a carico dei fruitori privati dei vari servizi, ragion per cui il Regolamento del Congresso di Stato (atto amministrativo, e dunque inferiore alla citata legge) non appariva applicabile nella parte in cui istituiva questi oneri; né siffatte contribuzioni sono state introdotte dalle successive leggi 24 marzo 1983, n. 43, e 28 gennaio 1987, n. 10".

In sede civile, con sentenza in data 25 novembre 1991, nelle cause riunite n. 119, 120 e 127 dell'anno 1984, il Commissario della Legge ha dichiarato illegittimo, per contrasto alla legge 3 maggio 1977 n. 21, il regolamento per la gestione economica del Centro Educazione Psicomotoria nella parte in cui prevedeva il versamento di contributi mensa giornalieri e contributi mensili a carico dei minori ospitati e delle loro famiglie, con conseguente condanna dell'Istituto per la Sicurezza Sociale alla restituzione di quanto indebitamente percepito a tale titolo.

6. Si è già avuto modo di rilevare che quanto sinora osservato inerisce al periodo che va dall'entrata in vigore della legge n. 21 del 1977 fino all'entrata in vigore della legge 28 settembre 1992 n. 80, la quale, sancisce che "gli utenti del Servizio Socio-Sanitario, di cui alla legge 3 maggio 1977 n. 21 e successive integrazioni e modifiche, possono essere chiamati a concorrere alle spese di finanziamento del Servizio" (art. 1).

L'art. 6 di tale legge dispone che "fino all'entrata in vigore della presente legge restano in vigore le disposizioni adottate in materia dal Congresso di Stato e dagli organi amministrativi dell'Istituto per la Sicurezza Sociale".

Osserva la procura dell'attore Istituto per la Sicurezza Sociale nelle finali allegazioni che "la recente legge 28 settembre 1992 n. 80, che recepisce l'operato sinora svolto, all'art. 6 ha confermato la vigenza delle disposizioni adottate in materia dal Congresso di Stato e dagli organi amministrativi dell'Istituto per la Sicurezza Sociale, ed ha anche recepito interamente quanto già stabilito ed applicato per anni sulla base del surrichiamato regolamento in ordine alla partecipazione dei familiari al pagamento della retta di degenza. [...] Non vi è alcun dubbio che le disposizioni citate dall'articolo 6 siano quelle, prima illustrate, in base alle quali ha sempre operato l'Istituto per la Sicurezza Sociale".

In sostanza l'art. 6 sembrerebbe attribuire efficacia *a posteriori* ai regolamenti amministrativi che stabilivano l'obbligo del pagamento della retta, estendendo retroattivamente i propri effetti ad atti regolamentari emanati in contrasto con precedenti disposizioni di legge, e pertanto da considerarsi illegittimi.

Si deve osservare, in primo luogo che **anche l'ordinamento sammarinese riconosce il principio della irretroattività della legge: "E' assioma proprio del diritto comune che "legis natura est semper futuris providere" e che i suoi precetti si estendano quindi al passato solo in casi specifici espressamente indicati e motivati, a meno che la legge nuova abbia carattere interpretativo od esplicativo rispetto a leggi precedenti"** (decisione del Consiglio dei XII, Consulente prof. Guido Rossi, in data 11

ottobre 1976, in *Giur. Samm.*, 1970-80, p. 95). La legge in esame ha indiscutibilmente contenuto innovativo, in quanto deroga a tutte le disposizioni di leggi precedenti che sancivano la gratuità del Servizio Socio-Sanitario, ed anzi proprio l'art. 6 conferma tale carattere. Essa non interpreta, ma anzi proprio perché introduce nell'ordinamento principi nuovi, intenderebbe attribuire efficacia a provvedimenti di natura amministrativa che contrastavano con le leggi in vigore, ma che erano in linea con il nuovo intento manifestato dal legislatore.

Per una corretta interpretazione della norma in esame occorre peraltro muovere dalle considerazioni che sopra abbiamo svolto in merito alla abrogazione delle norme regolamentari ad opera della legge n. 21 del 1977. Le norme del regolamento del Congresso di Stato con le quali era stabilita l'imposizione della retta sono state abrogate per effetto della legge n. 29 del 1977; la reiterazione delle stesse ad opera degli organi dell'I.S.S. successivamente avvenuta è da considerarsi non legittima, perché contrastante con la legge. Ne consegue che le norme regolamentari alle quali si intenderebbe attribuire efficacia *ex post* non erano già più in vigore, come tali, al momento dell'entrata in vigore della legge n. 80 del 1992, perché abrogate o illegittime, come tutti gli atti che nelle stesse norme regolamentari trovavano il presupposto devono considerarsi illegittime.

**E' evidente che nessuna legge potrebbe *ex post* sanare atti amministrativi illegittimi.** Ne consegue che non può accedersi a quanto prospettato dalla procura attrice nelle finali allegazioni.

7. Un ultimo problema che viene sollevato dalla difesa dell'Istituto per la Sicurezza Sociale è relativo all'impegno che i familiari si assumono all'atto dell'ingresso dell'anziano nella Casa di Riposo, di concorrere al pagamento della retta di degenza, in quanto questo costituirebbe "una obbligazione valida a tutti gli effetti".

L'impegno *de quo* viene sottoscritto dal familiare su un modulo predisposto dall'I.S.S., nel quale viene stabilito che il medesimo "si obbliga a versare mensilmente la somma di L. [...] all'Amministrazione dell'Istituto per la Sicurezza Sociale per concorso al pagamento della retta di degenza presso la Casa di Riposo di Cailungo di (segue il nome dell'anziano).

A tale impegno non può sicuramente attribuirsi la natura di una obbligazione unilateralmente assunta, proprio perché essa non è la conseguenza di una libera manifestazione di volontà unilaterale del familiare, magari effettuata per spirito di liberalità, ma è effettuata sul presupposto erroneo di dover concorrere al pagamento della retta di degenza dell'anziano.

L'interpretazione letterale dell'impegno consente di affermare che esso viene assunto per concorrere "al pagamento della retta di degenza", sul presupposto, naturalmente, che debba essere corrisposta tale "retta". L'impegno del familiare, dunque, è strettamente esecutivo delle disposizioni regolamentari sopra esaminate che istituiscono la retta di degenza. L'illegittimità di tali norme amministrative comporta come logica conseguenza, che nessun valore può avere nemmeno l'impegno assunto in esecuzione ed in ottemperanza delle stesse.

8. Sulla scorta delle premesse considerazioni deve dunque dichiararsi la illegittimità della impugnata delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Istituto per la Sicurezza Sociale in data 24 giugno 1992 n. 7 con la quale venivano respinti i ricorsi avanzati, tra l'altro, dai signori Boschi Giuseppina, Pasquinelli Giuseppina, Casali Ebe, Mastella Maria, Salvatori Romeo, Grassi Anna Amati Iris, Macina Norina e Bernardi Egisto

tendenti ad ottenere "l'esenzione dal pagamento della retta per degenza presso la Casa di Riposo, la restituzione di quanto fino ad oggi pagato, con revoca altresì dell'autorizzazione a trattenere, da parte dell'I.S.S., la pensione dei degenti". La delibera deve essere annullata, in quanto nessuna somma è dovuta dai degenti e dai loro familiari a titolo di retta, conformemente alle leggi vigenti, fino all'entrata in vigore della legge n. 80 del 1992.

L'accoglimento dei ricorsi importa la reiezione della domanda spiegata dall'Istituto per la Sicurezza nei confronti dei signori Boschi Domenico e Boschi Costantino, in quanto nessuna somma gli stessi devono all'I.S.S. a titolo di concorso al pagamento della retta di degenza presso la Casa di Riposo della signora Macina Norina.

Ne consegue, altresì, che l'Istituto per la Sicurezza Sociale è tenuto a restituire ai ricorrenti o ai loro aventi causa quanto dagli stessi o dai loro familiari pagato a titolo di retta di degenza nonché le somme trattenute comunque in conto retta, per il periodo che intercorre dall'entrata in vigore della legge n. 29 del 1977 fino all'entrata in vigore della legge n. 80 del 1992.

E' ciò in conseguenza dei principi che regolano la ripetizione dell'indebitito: **"La *condictio sine causa* è azione generale di restituzione, esperibile non solo nella ripetizione dell'indebitito, ma anche in ogni caso di arricchimento indebitito o senza causa, per ottenere la restituzione di quanto è stato dato sulla base di un negozio o rapporto inesistente o illecito o estinto"** (sentenza del Commissario della Legge in data 28 agosto 1965, in *Giur. Samm.*, 1964-69, p. 291). **Presupposti di tale azione sono: "1) il fatto della datio; 2) la mancanza di un *titulus acquirendi*, o di una causa *retentionis*, di una causa giuridica idonea a legittimare l'acquisto dell'accipiente. Come nella *condictio indebiti* non basta provare il fatto della *solutio*, ma occorre provare altresì l'indebitum *solutum*, ossia che il pagamento fu effettuato per *errorem*, nella erronea convinzione dell'esistenza di un debito altrui** (e l'errore deve essere scusabile e verosimile, altrimenti può presumersi l'intenzione di donare[...]), **così pure nella *condictio sine causa* non basta provare il fatto della datio, ma occorre provare altresì l'inesistenza della causa per cui questa venne effettuata"** (sentenza del Commissario della legge in data 23 maggio 1972, in *Giur. Samm.*, 1970-80, p. 288).

Tali presupposti ricorrono nella fattispecie in esame, essendo stato dimostrato sia il pagamento che l'inesistenza della causa del pagamento medesimo.

Sulle somme che verranno restituite devono essere riconosciuti gli interessi moratori al tasso legale del 7% dalla data in cui ciascun pagamento è stato effettuato al saldo, nonché una somma pari alla svalutazione monetaria nel frattempo intervenuta, da calcolarsi sulla scorta degli indici ISTAT, parimenti dalla data di ciascun pagamento al di della restituzione. Tali somme costituiscono il risarcimento del danno cagionato dall'I.S.S. che ha preteso un pagamento non dovuto. Tale danno deriva ai ricorrenti dall'accertato minore potere d'acquisto della moneta, ed essi sono stati costretti a subirlo per non avere avuto la disponibilità delle somme indebitamente pagate. Tale accertamento è da ritenersi un fatto notorio, perché è conoscenza diffusa e comune, e pertanto, ai fini di causa, risulta ampiamente provato.

9. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto, vanno posti a carico dell'Istituto per la Sicurezza Sociale sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

**129.**

Commissario della Legge (Prof. Piegiorgio Peruzzi), 22 febbraio 1995.

Banca Agricola Commerciale (Avv. P.L. Baccocchi) : Spinalbelli Rosalba (Avv. L. Mazza) – Causa n. 112, anno 1989.

**Procedura di concordato – Contratto di cessione di credito – Chirografario – Condizione risolutiva del voto favorevole del cedente all’approvazione del concordato – Nullità.**

*E’ nullo, per violazione dell’art. 215 del Codice Penale, il contratto di cessione di un credito chirografario concluso in pendenza di concordato, sottoposto alla condizione risolutiva di espressione da parte del cedente di voto favorevole all’approvazione del concordato medesimo.*

*Dal contratto, posto in essere in violazione di una norma positiva, che legittima l’azione per la pronuncia di nullità del contratto stesso, scaturiscono soltanto effetti fino alla pronuncia definitiva di nullità.*

---

**FATTO**

Con istanza del 6 aprile 1989 l’attrice ha chiamato in giudizio la convenuta per sentirla “condannare al pagamento della somma di £.115.862.605=, agli interessi e alle spese legali”. Ha inoltre richiesto il sequestro dell’anzidetta somma nei confronti del Procuratore della procedura di concordato s.a. Nuova Silsa.

Dichiara l’attrice di aver ceduto alla convenuta, con scrittura privata il 24 maggio 1988, il proprio credito nei confronti della s.a. Nuova Silsa, chiedendo alla stessa convenuta l’adempimento dell’accordo.

Disposto immediatamente il sequestro “a mani del Curatore della procedura del concordato s.a. Nuova Silsa, nominando custode lo stesso Curatore”, non è stato poi eseguito, perché, come ha dichiarato il Curatore ai Cursori, “detta somma è stata da lui consegnata alla sig.ra Spinalbelli Rosalba a seguito di apposito decreto emesso da S.S. il Commissario della Legge”, che ha esercitato la sorveglianza sul Concordato a norma della Legge 15 novembre 1917, n. 17.

Riprodotta la citazione nell’interesse dell’attrice, la parte convenuta si é regolarmente costituita.

La parte attrice con comparsa del 7 settembre 1989 ha immediatamente contestato il comportamento del Curatore del Concordato che, “pur conoscendo la situazione nei suoi esatti termini, si fa promotore per la consegna di somma di denaro a persona diversa da quella, che possiede il titolo e che appare negli atti della procedura ed inoltre non si fa parte diligente nell’allegare la comunicazione, inviata in data 30 gennaio 1989”. Ha inoltre contestato che il Tribunale Commissariale con provvedimento del 27 marzo 1989, “autorizzasse la consegna della somma, senza ascoltare l’altra parte e senza dare alcuna comunicazione alla Banca”.



Istituito il contraddittorio con la parte convenuta sulle contestazioni sollevate dalla attrice, a richiesta della stessa attrice è stato aperto il primo termine di prova.

Risulta pertanto che tra le parti in causa, in data 25 maggio 1988, è intervenuta una convenzione, con cui l'attrice ha ceduto alla convenuta il credito chirografario di £.579.313.023=, vantato dalla stessa attrice nei confronti della s.a. Nuova Silsa, già s.a. Silsa, con sede in San Marino. La cessione è avvenuta alla condizione, che l'Assemblea dei creditori della s.a. Nuova Silsa approvasse la proposta di concordato. Per una tale cessione è stato convenuto il prezzo di £.318.653.405=, da corrispondersi in due rate e cioè quanto a £.115.862.604=, al momento in cui il Tribunale Commissariale metterà a disposizione dei creditori la somma ricavata dal concordato, e il saldo di £.202.790.801=, al momento del deposito della sentenza di omologazione del concordato. E' stato fatto risultare che detta convenzione si è perfezionata due giorni prima dell'adunanza dei creditori della procedura di concordato.

La parte attrice ha poi rinunciato al termine di prova in suo favore e ha chiesto l'apertura del primo termine reprobatorio. Durante il suddetto termine é stato ammesso un testimone ed è stata presentata istanza di citazione in via riconvenzionale da parte della convenuta nei confronti della attrice chiedendo: "a) respingere la citazione introduttiva e dichiarare inesistente il credito vantato dalla Banca Agricola Commerciale per nullità del contratto di cessione di credito o per grave lesione; b) dichiarare dovuta alla Banca Agricola Commerciale, per il credito chirografario vantato, la somma di £.115.862.604=, pari al 20% del credito medesimo, percentuale fissata nel concordato Silsa approvato dai creditori; c) condannare la parte attrice, convenuta nell'azione riconvenzionale, alla restituzione della somma di £.86.928.197=, in quanto percepita indebitamente; d) condannare la predetta società al pagamento dei danni da svalutazione monetaria e degli interessi al tasso legale, dalla data di consegna alla data di restituzione di tale somma; e) condannare la società convenuta in riconvenzione al pagamento di spese, funzioni ed onorari tutti del presente giudizio".

Riprodotta la citazione in via riconvenzionale, costituitasi la parte attrice, non è stato accordato il termine statutario.

Con comparsa del 19 novembre 1990 la parte attrice ha però formalmente contestato il provvedimento, rilevando come l'azione riconvenzionale "renda necessario riconsiderare l'intera procedura di concordato della s.a. Silsa con i vantaggi" derivati. In particolare la stessa parte attrice contesta "la palese malafede della convenuta che, dopo avere ottenuto illegittimamente e senza titolo dalla procedura la somma di £.115.862.605=, ora viene a chiedere la risoluzione di un contratto, che ha prodotto già i suoi effetti".

La causa è comunque seguita con l'audizione del teste già ammesso. Risulta dalla testimonianza, che la parte attrice avrebbe opposto parere contrario alla proposta di concordato, ove non fosse avvenuta la cessione del credito "vantato dalla Banca in favore della sig.ra Spinarbelli", la quale, "a quel tempo, ricopriva la carica di amministratore unico della società anonima Silsa". Risulta però anche, che il testimone ascoltato, dapprima ha dichiarato di aver avuto con la s.a. Silsa soltanto "un rapporto tecnico in quanto curava una pratica edilizia", ma poi ha ammesso, che, per la stessa s.a. "Silsa, [egli] era garante in parte per l'affitto di un locale sito a Gallazzano", dimostrandosi teste del tutto inidoneo ai fini probatori, per avere palesi interessi in causa. Nel secondo termine reprobatorio è stato ascoltato come testimone il Curatore del Concordato della s.a. Silsa. Risulta così dalle sue dichiarazioni "che la società Silsa, poi Nuova Silsa e successivamente Camif s.a." sono "la stessa società con denominazione

variata”, la quale “ha mantenuto a concordato esaurito i beni immobili propri”, che “facevano parte dell’attivo patrimoniale della società Nuova Silsa s.a.”. Con il suddetto concordato “i creditori sono stati soddisfatti per quanto riguarda i crediti privilegiati al 100 % e per quanto riguarda i crediti chirografari al 20 %”. Risulta altresì, sempre per dichiarazione dello stesso Curatore, che la percentuale, con cui sarebbero stati pagati i crediti chirografari nel concordato, sarebbe stata “considerata troppo esigua dalla Banca” attrice, così come, “nell’ipotesi di mancato buon fine del concordato, vi sarebbe stato un crollo dei valori immobiliari” dei beni di proprietà della predetta società, per cui “il mancato buon fine del concordato non avrebbe potuto consentire alcuna liquidazione dei crediti chirografari”. L’attrice, Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, ha comunque espresso il voto favorevole nell’assemblea dei creditori.

Da una successiva dichiarazione dallo stesso testimone, sempre nella sua qualifica di Curatore del Concordato della s.a. Nuova Silsa, spontaneamente depositata a chiarimento di errori nel quale egli sarebbe incorso mentre veniva ascoltato, risulta che a favore della attrice, Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, per crediti agevolati, il 20 dicembre 1988, è stata liquidata la somma di £.389.457.037=, mentre per il credito chirografario di £.579.313.023=, insinuato sempre dalla attrice, ma ceduto alla convenuta, sig.ra Rosalba Spinarbelli, è stato liquidato il 20 %, pagato alla stessa convenuta con la somma di £.115.862.605 dal medesimo Curatore del Concordato.

Sempre con la stessa dichiarazione, acquisita agli atti di causa, il testimone ha inoltre dichiarato di non avere mai visto l’originale del contratto di cessione del credito intervenuto tra le parti in causa, ma di averne ricevuto copia dalla convenuta il 20 dicembre 1988; di averne dato notizia alla attrice, Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, il 21 dicembre 1988; di avere avuto conferma della suddetta cessione il 22 dicembre 1988 da un procuratore della stessa attrice, che contestualmente lo “diffidava a non versare il prezzo della cessione alla sig.ra Spinarbelli”, dalla quale invece “avrebbe ricevuto espresso mandato per il ritiro della somma ricavata dalla procedura di concordato”. Dato atto che la somma risultava depositata presso Istituto di Credito, dopo le sollecitazioni a pagare della convenuta, sig.ra Rosalba Spinarbelli, il Procuratore del Concordato ha dichiarato di avere richiesto al procuratore della attrice, l’invio del mandato annunciato per la riscossione del credito ceduto, che però non è mai pervenuto. Dichiara infine che il “22 marzo 1989, il Commissario della Legge [lo] autorizzava a corrispondere alla dott.ssa Spinarbelli Rosalba la somma corrispondente alla percentuale del 20 % (omologata con sentenza in data 27 maggio 1988) del credito chirografario insinuato dalla Banca Agricola Commerciale”, oggi attrice.

Nel termine di controprova sono stati ascoltati come testimoni due professionisti: dalle loro dichiarazioni risulta, ancora una volta, l’avvenuta cessione del credito tra le due parti in causa. Risulta anche che “con l’approvazione del Concordato la Silsa è rimasta proprietaria di quanto possedeva” - cioè “la proprietà dell’opificio di Gallazzano e la disponibilità di un area in Falciano a lei concessa dalla Pubblica Amministrazione” -, e che “l’insinuazione della Banca Agricola Commerciale comprendeva un credito privilegiato assistito da ipoteca e un credito chirografario”. Risulta infine che le azioni della società anonima, che aveva richiesto il concordato, detenute a garanzia dalla attrice, Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, sono state regolarmente restituite alla s.a. Nuova Silsa, dopo l’avvenuta cessione del credito alla convenuta, sig.ra Rosalba Spinarbelli.

Aperto il termine ad allegare, depositate le memorie, dopo irrotulazione, la causa è stata posta *pro servato* e trattenuta per la decisione.

Il procuratore della parte attrice ha così concluso: “ogni contraria istanza reietta, condannare la signora Spinarbelli Rosalba al pagamento in favore della Banca Agricola Commerciale della somma di £.115.862.605= quale residuo prezzo impagato portato dalla scrittura *inter partes* in data 24 maggio 1988, oltre agli interessi e danni da svalutazione a far data dal 23 marzo 1989 (data in cui le è stata consegnata la somma dal Procuratore della Procedura del Concordato). Il tutto con vittoria di spese ed onorari del presente giudizio”.

Il procuratore della parte convenuta ha concluso chiedendo che “1) respingere *in toto* la richiesta della parte attrice, dichiarando la nullità del contratto di cessione di credito per contrasto con tassative disposizioni di legge o con l’ordine pubblico o in ogni caso la sua rescissione per grave lesione; 2) dichiarare dovuta alla Banca Agricola Commerciale, per il credito chirografario vantato, la somma di £.115.862.604=, pari al 20% del credito medesimo, percentuale fissata nel concordato Silsa approvato dai creditori; 3) condannare la parte attrice, convenuta nell’azione riconvenzionale, alla restituzione della somma di £.86.928.197=, pari alla differenza fra quanto versato alla stessa dalla sig.ra Spinarbelli e quanto a lei spettante per il credito chirografario vantato, in quanto percepita indebitamente, oltre alla svalutazione monetaria ed agli interessi legali dalla data del versamento della somma alla data della sua restituzione; 4) condannare l’attrice alle spese ed onorari di giudizio”.

## DIRITTO

1) Contro una domanda di inadempimento derivante da un contratto di cessione di un credito, in via riconvenzionale, è stata proposta una domanda di nullità del contratto stesso.

In primo luogo bisognerà dichiarare che sono del tutto irrilevanti ai fini di causa le considerazioni svolte in atti dalla attrice sul pagamento disposto dal Procuratore della Procedura del Concordato della s.a. Nuova Silsa in favore della convenuta, sig.ra Rosalba Spinarbelli, della somma di £.115.862.605=, pari al 20 % dell’intero credito chirografario, ceduto dalla attrice alla convenuta. Il Procuratore non è parte in causa e l’attrice, né tanto meno la convenuta, nei di lui confronti non hanno ritenuto di estendere il contraddittorio, chiamandolo in causa.

In secondo luogo la prova della avvenuta cessione del credito tra le parti è stata data non solo attraverso le dichiarazioni rese dai testimoni e attraverso alcuni documenti prodotti, ma anche perché la convenuta non ha ritenuto di eccepire efficacemente in questo specifico punto la domanda della attrice. Anzi la sua istanza di nullità del contratto di cessione, avanzata in riconvenzione, riconosce spontaneamente quanto afferma l’attrice, che cioè tra le parti è intervenuto proprio un contratto di cessione di un credito chirografario in pendenza di una procedura di concordato anteriore.

**Sulla validità come prova della lettura in udienza da parte di un testimone di una scrittura privata si esprimono sostanziali dubbi. In particolare una tale procedura dell’ascoltare un testimone, non può ritenersi in perfetta regola con la Legge 29 ottobre 1981, n.85, più nota come Legge sull’imposta di registro e relativo regolamento, quando all’art. 59, primo comma, non solo fa divieto ai Giudici e ai Cancellieri di ricevere in deposito atti non registrati, ma soprattutto quando fa**

**divieto “di emettere provvedimenti in base a tali atti se prima non siano registrati”.**

2) Il contratto intervenuto tra le parti è dunque da ritenersi come una convenzione con la quale l'attrice, Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, ha ceduto alla convenuta, sig.ra Rosalba Spinarelli, il credito non garantito da nessun privilegio, vantato nei confronti della s.a. Nuova Silsa, che aveva già formalmente avanzato proposta di concordato a norma dell'art. 8 della Legge 15 novembre 1917, n. 17.

La stessa convenzione ha previsto che quanto pattuito per la cessione del credito fosse versato in due rate e in due successivi momenti: una parte della somma risulta essere stata immediatamente pagata e l'altra parte pagata, qualora fosse stata accolta dai creditori la proposta di concordato presentata. Il prezzo del credito ceduto è stato convenuto dalle parti, mentre l'ammontare del credito, che sarebbe stato liquidato dalla procedura, era già stato determinato nel 20 % dell'intero credito ceduto.

La clausola apposta alla convenzione non è un termine di pagamento, ma una condizione risolutiva, perché l'adempimento avviene quando è stata tenuta efficacemente l'assemblea dei creditori, alla quale partecipa lo stesso cedente per esprimere il voto.

La cessione del credito è stata dunque sottoposta alla condizione risolutiva che l'assemblea dei creditori approvasse la proposta di concordato: circostanza che si è poi realizzata, avendo la stessa attrice partecipato con voto favorevole all'assemblea.

3) Nessuna eccezione è stata opposta dal debitore ceduto all'acquirente: nel caso nulla è stato eccepito dal Procuratore del Concordato, che ha partecipato alle trattative - “gli incontri da me avuti con la Direzione della Banca” - ed ha invece ritenuto di dover tenere positivamente conto dell'avvenuta cessione. Così ha richiesto l'autorizzazione al Magistrato, ha pagato a mani dell'acquirente del credito, la percentuale del 20 % dell'intera somma ceduto, affermando di averlo fatto in esecuzione della sentenza, che aveva ormai omologato il concordato. Ciò si è realizzato anche se entrambi i soggetti, acquirente e debitore ceduto, erano a conoscenza dell'iniziale insoddisfazione della Banca attrice per la percentuale del 20 % pagata dal concordato, dell'intervenuto contratto di cessione del credito e dal successivo voto favorevole prestato dalla stessa attrice all'Assemblea dei creditori.

Nessuna eccezione è stata opposta dall'acquirente al debitore ceduto: al momento del pagamento l'acquirente del credito, la convenuta sig.ra Rosalba Spinarelli, nulla ha eccepito al debitore ceduto. Soprattutto, vantando l'avvenuta cessione e pretendendo il pagamento in luogo del cedente, non ha espresso alcuna riserva sulla legittimità degli effetti liberatori, che sarebbero potuti derivare al cedente in conseguenza dalla sentenza di omologazione del concordato. Il voto favorevole del cedente, condizione risolutiva per il perfezionarsi della cessione, avrebbe dovuto produrre i suoi effetti liberatori nei confronti del cedente e del debitore ceduto. Accettando il pagamento dal debitore ceduto, facendo valere il contratto di cessione del credito, la convenuta avrebbe accettato tutti gli effetti liberatori, che derivavano da un tale adempimento del debitore.

4) In via riconvenzionale la parte convenuta sostiene di eccepire che il credito ceduto dalla attrice “era tale per cui il voto favorevole della stessa era indispensabile per l'approvazione del concordato”.

Va precisato che esaminando tale eccezione, si deve anche dichiarare che, allo stato degli atti, l'affermazione è destituita di qualsiasi prova, perché alla causa non sono stati mai allegati gli atti della procedura di concordato. Né quanto dedotto dalla convenuta può essere ritenuto un semplice fatto, da provarsi semplicemente attraverso una testimonianza, perché è una precisa valutazione di merito, un giudizio, l'oggetto di un

accertamento, che, per essere accolto, deve avere un fondamento probatorio adeguato.

5) La convenuta non è intervenuta a garantire il concordato, perlomeno una tale circostanza non risulta dagli atti di causa. Le somme dovute ai creditori, ha affermato il Procuratore del Concordato, nelle rispettive percentuali, “sono state pagate con delle disponibilità versate per il tramite” di un professionista “da imprenditori, persone interessate”. La convenuta dagli atti di causa risulta soltanto essere l’Amministratore Unico della s.a. Nuova Silsa.

Procedendo da tali condizioni soggettive nelle quali al momento del contratto di cessione del credito sicuramente versa la convenuta, non sembra proprio possibile che la stessa convenuta sia “stata indotta ad accettare l’acquisto del credito alle condizioni imposte” dalla attrice al solo fine “di evitare il voto negativo alla proposta di concordato”, e quindi il possibile concorso dei creditori.

La società che ha richiesto ed ottenuto il concordato è anonima e, secondo le prove dedotte in atti di causa, tale è rimasta per tutta la durata della suddetta procedura. Non si vede pertanto quale interesse possa vantare la convenuta personalmente nei confronti delle vicende che hanno investito una proprietà che, proprio per il suo anonimato, non può minimamente coinvolgerla. Perlomeno l’esistenza di un tale interesse, che dovrebbe viziare la volontà della convenuta fino a rendere nulla la cessione del credito, non è dimostrato da un oggettivo possesso delle azioni al momento in cui la convenzione tra le parti si è perfezionata. Anzi è vero il contrario, perché le azioni della società anonima in quel preciso momento risultano depositate in garanzia presso l’attrice, e restituite alla società stessa dopo il contratto di cessione del credito.

**L’anonimato, il solo che ha il reale interesse a veder realizzato il concordato, è comunque impenetrabile ex lege, cioè legittimamente impenetrabile ad una individuazione dei soggetti dell’interesse che si vorrebbe coartato. Le deduzioni presentate in via riconvenzionale sono rilevanti giuridicamente solo nei confronti dei possessori delle azioni e, per più, stante il regime del trasferimento a mezzo del possesso di tali titoli, solo in quel preciso momento.**

Non si deve confondere l’interesse che ha la convenuta a veder realizzato il contratto di cessione, con l’interesse che ha la società anonima a veder realizzato il concordato. La condizione risolutiva apposta alla cessione è invece da ritenersi elemento determinate per la sola convenuta, personalmente del tutto estranea alla sfortunata vicenda economica della società anonima, ma che intende farsi carico del contratto di cessione.

A ben diverse conclusioni porta invece il fatto che la convenuta è anche Amministratore Unico della s.a. Nuova Silsa. Ma il fatto è rilevante solamente ai fini di un accertamento che il contratto di cessione di un credito chirografario, in pendenza di concordato, sottoposto alla condizione di partecipare con voto favorevole alla assemblea dei creditori, sia da ritenere sicuramente *contra legem* e pertanto nullo.

6) Eccepisce infatti la convenuta “che il contratto di cessione del credito [è] viziato e nullo in quanto in violazione con precise norme dell’ordinamento sammarinese in ordine all’esercizio del diritto di voto nell’ambito delle procedure concorsuali”.

L’eccezione è fondata e merita accoglimento, con tutte le conseguenze che l’accertamento di un tale fatto può comportare nei confronti di entrambe le parti in causa, che hanno posto in essere una cessione di credito *contra legem* e del concordato già approvato. Come deduce il procuratore della convenuta a sostegno della domanda riconvenzionale, la prova è fornita proprio dalla testimonianza dello stesso Curatore del Concordato, le cui dichiarazioni sono state testualmente riportate nelle sue finali

allegazioni in diritto.

Premesso che il Curatore del Concordato ha “partecipato a più incontri con la Signora Spinarelli e la Direzione della Banca Agricola Commerciale”, lo stesso dichiara che tali incontri “nascevano proprio dal fatto che lo stesso Istituto manifestava chiaramente insoddisfazione per una liquidazione dei propri crediti chirografari con la percentuale del 20 %”. E conclude affermando che a lui è nota “una iniziale insoddisfazione della Banca per la percentuale di liquidazione dei crediti chirografari, ma successivamente prese atto, che il voto favorevole nell’assemblea dei creditori fu infine espresso dalla Banca stessa”. Sull’idoneità di una tale testimonianza non esistono dubbi, perché una tale dichiarazione, per le conseguenze e le responsabilità che può comportare in altra sede, è addirittura contraria allo stesso testimone.

Se si tiene conto, che la cessione del credito, intervenuta tra le parti, è sottoposta alla condizione risolutiva della approvazione del concordato già proposto, e che é la stessa attrice che ha espresso il voto favorevole dopo l’avvenuta cessione, secondo quanto previsto dell’art. 8 della Legge 19 novembre 1917, n.17, nel testo modificato dalla Legge 23 ottobre 1957, n.27, allora si deve riconoscere, come fondatamente contesta la convenuta, che è stato violato l’art. 215 del vigente Codice Penale.

Detta norma recita infatti “il creditore che, a proprio fine od altrui profitto, riceve vantaggi o ne accetta la promessa per dare il suo voto in favore del debitore insolvente nel concordato anteriore o posteriore all’apertura del concorso, è punito con la prigionia di primo grado” E poi aggiunge “alla stessa pena soggiace il debitore o altri che ha dato o promesso i vantaggi”.

Non esistono dubbi sull’esistenza di un divieto ad una cessione di un credito nel quale è stato pattuito di “dare il suo voto in favore di un debitore insolvente”. Soprattutto perché tale cessione, come deduce la convenuta, è motivata dalla pretesa dell’attrice di ottenere un percentuale maggiore di quella formulata con la proposta di concordato. Una tale pretesa è stata determinante per la conclusione della cessione del credito, e la partecipazione della attrice all’assemblea, ne é stata la conseguenza. Ne discende quindi che non siamo in presenza di una semplice cessione di credito, ma di una vera operazione in cui il voto per l’approvazione del concordato anteriore all’apertura del concorso in favore del debitore insolvente é stato promesso e, successivamente, espresso. Non esistono neanche dubbi sul vantaggio che una tale operazione ha portato all’attrice, dato che ha ricevuto un pagamento immediato, e che comunque avrebbe ricevuto una somma che è superiore a quella che gli sarebbe stata liquidata a concordato approvato.

7) Siamo quindi in una ipotesi in cui la intervenuta convenzione di cessione del credito, cioè il contratto con cui il credito vantato dalla attrice nei confronti della s.a. Nuova Silsa, è espressamente proibita dalla legge, perché la debitrice ceduta versa in regime di concordato anteriore alla apertura del concorso a norma della Legge 15 novembre 1917, n. 17.

**Il diritto comune, circa la validità di un contratto stipulato in violazione di legge, ha stabilito che “ex conditionibus requisitis ad validitatem contractus est, ut res quae sub contractu cadit, non sit aliquo iure prohibita cadere sub conventione, sed revera commercium pati queat. Unde defectu huius conditionis [...] conventio seu contractus erit inutilis” - “é tra le condizioni richieste per la validità del contratto, che la cosa, che è sottoposta al contratto, non sia proibita da qualche norma di essere sottoposta alla convenzione, ma la cosa stessa possa essere oggetto di commercio. Onde per difetto di questa condizione [...] è inutile la convenzione e il**

**contratto**". (L. Ferraris, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica, Tomus secundus (C-D)*, ed Venetiis 1777, pp. 456-457, nu. 40). **Solo per completezza si dovrà concludere che il diritto comune rinvia a Inst.3.19.2, per cui ad un tale contratto, in quel sistema, si applica il regime previsto al titolo *de inutilibus stipulationibus*.**

Ma l'ordinamento sammarinese conosce autonomamente nelle sue *reformationes* la fattispecie del contratto posto in essere in violazione di norme positive, che legittima l'azione per la pronuncia di nullità del contratto stesso: solo con valore di esempio, si può allegare in proposito l'art. 132 e segg. della Legge 26 aprile 1986, n. 49 oppure l'art. 40 della Legge 17 febbraio 1961, n. 7.

La giurisprudenza insegna poi che **"la nullità di un contratto rimette le parti nello stato in cui si trovavano prima dell'atto impugnato ed importa la restituzione di quanto fu dato e pagato con tutti gli accessori e tale restituzione è reciproca"** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 24 gennaio 1961 nella causa civile n. 327 dell'anno 1959, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964, p. 236).

Ne deriva il principio che **da un contratto che viola una norma ne scaturiscono effetti soltanto fino alla pronuncia definitiva di nullità**. Ma soprattutto ne discende che la domanda proposta dalla convenuta, sig.ra Rosalba Spinarelli, è fondata e deve essere accolta. La conseguenza diretta è che deve essere dichiarata la nullità del contratto con il quale l'attrice, Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, ha ceduto il suo credito verso il Concordato della s.a. Nuova Silsa alla convenuta, sig. Rosalba Spinarelli, che peraltro di tale società era l'Amministratore Unico.

Inoltre la parte attrice, in conseguenza della dichiarata nullità del contratto di cessione del credito, deve essere condannata alla restituzione alla convenuta della somma di £. 86.928.197= che corrisponde alla differenza fra quanto è stato già versato dalla convenuta stessa e quanto a lei pagato dal Curatore del Concordato, nonché agli interessi al tasso legale del 7% sulla suddetta somma dalla data dell'avvenuto pagamento (24 maggio 1988) al saldo effettivo .

8) Va inoltre riconosciuta la domandata rivalutazione monetaria sulla somma dovuta secondo gli indici Istat, a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla parte attrice, che non ha tempestivamente provveduto al pagamento. Tale danno deriva alla convenuta dall'accertato minore potere d'acquisto della moneta, ed essa è stata costretta a subirlo per non avere avuto la disponibilità della somma conseguente al pagamento. Tale accertamento è da ritenersi un fatto notorio, perché è conoscenza diffusa e comune, e pertanto, ai fini di causa, risulta ampiamente provato.

9) Seguendo il principio della soccombenza le spese e gli onorari del presente giudizio vanno posti a carico della parte attrice, a norma del § 272 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*. Saranno liquidati, *more soluto*, con successivo e separato decreto, dopo l'esibizione della nota analitica delle spese e degli onorari da parte del procuratore della parte attrice (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell'anno 1923, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1927, p. 9).

Muccioli Sebastiano e Nello (Avv.ti G.L. e G.B. Berti) : Banca Nazionale del Lavoro, Filiale di Forlì (Avv. G. Lonfernini); intervenuta in causa: Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino (Avv. G.L. Franciosi) – Causa n. 142, anno 1991.

**Assegno bancario – Smarrimento o distruzione – Ammortamento – Decreto di volontaria giurisdizione – Opposizione.**

*Non è accoglibile l'opposizione avanzata avverso il provvedimento di volontaria giurisdizione con il quale è stata dichiarata l'inefficacia di fronte a qualsiasi detentore di assegno smarrito o distrutto.*

*Deve dichiararsi invece la nullità, per assoluta carenza di contraddittorio, della parte del medesimo decreto che pone a carico del traente l'ammontare della somma portata dall'assegno e degli interessi maturati, l'addebito della somma nel conto corrente sul quale l'assegno è stato tratto.*

---

FATTO

Con atto di citazione depositato il 10 giugno 1991, gli attori hanno chiamato in causa, avanti questo Tribunale, la convenuta, Banca Nazionale del Lavoro, presentando così opposizione al decreto di volontaria giurisdizione del 7 maggio 1991, emesso da S.S. Ill.ma il Commissario della Legge, Dott. Francesco Viroli, per “sentirsi in via preliminare dichiarare la propria incompetenza a decidere circa l’istanza depositata dalla Banca Nazionale del Lavoro di Forlì l’11 aprile 1991 e di conseguenza annullare il decreto 7 maggio 1991, a tutti gli effetti della sua emissione; nel merito revocare e invalidare, per i motivi esposti, il decreto 7 maggio 1991 in accoglimento di tutti o parte dei motivi di opposizione, con annullamento *ex tunc* di ogni addebito di somma per il titolo e interessi a carico degli opposenti, disposto col decreto stesso presso la Direzione dell’Agenzia di Dogana della Cassa di Risparmio di San Marino; ordinare alla Banca Nazionale del Lavoro di Forlì di depositare presso il Tribunale idonea cauzione in denaro, avendo ottenuto provvedimenti di natura economica senza contraddittorio a carico degli opposenti, il tutto con condanna della parte avversa al pagamento delle spese ed onorari di causa”.

Assumono gli attori che con il suddetto decreto, notificato il 13 maggio successivo, in accoglimento della istanza della convenuta è stato emesso ordine di addebito presso la Cassa di Risparmio di San Marino della somma di £.29.889.284=, con gli interessi maturati dal 30 agosto 1984, portato dall’assegno bancario n. 3386459, tratto sul conto corrente n. 8393, aperto presso l’Agenzia di Dogana della Cassa di Risparmio di San Marino, ed intestato ai due attori. Tale assegno è stato “negoziato” dagli stessi attori il giorno 28 agosto 1984 presso la Filiale di Forlì della convenuta Banca Nazionale del Lavoro.

Assumono inoltre gli attori l’irritualità del suddetto decreto “maliziosamente e tardivamente proposta avanti al Tribunale Commissariale”, ritenendolo peraltro incompetente a decidere e ad emettere il provvedimento, tenuto conto che l’assegno - sostengono gli attori -, per quel che risulta dagli atti, è scomparso a Forlì.



Contestano in opposizione poi gli attori alla convenuta Banca Nazionale del Lavoro, che le indicazioni, offerte nella istanza suddetta, sono confuse ed errate, perché il conto corrente 8393 è stato aperto il giorno 3 gennaio 1985, e al momento della richiesta di ammortamento é già stato estinto; perché l'istanza non è stata preceduta "da denuncia alla competente Autorità di Polizia italiana circa lo smarrimento del titolo"; perché è richiesto il pagamento dell'importo dell'assegno e, a distanza di cinque anni, degli interessi mai convenuti, "quando [gli attori] non sono più in grado di promuovere adeguati controlli"; perché non sono mai stati intimati al pagamento del suddetto assegno; perché è mancato il contraddittorio tra le parti.

Riprodotta la citazione nell'interesse degli attori, si è costituita la convenuta, che ha affermato l'esistenza della competenza del Tribunale Commissariale e la fondatezza della sua richiesta, concludendo affinché sia respinta l'opposizione degli attori e confermato il decreto 7 maggio 1991. Le parti attrici hanno replicato deducendo la correttezza dell'opposizione e, in via definitiva, insistendo sulla domanda.

Nel primo termine di prova è stato ammesso nell'interesse degli attori "l'estratto conto corrente n. 01/008393, recante la data 31 gennaio 1985 della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino Agenzia di Dogana, intestato" agli attori medesimi.

Nel secondo termine di prova, sempre nell'interesse degli attori, è stata ammessa l'allegazione agli atti di causa del fascicolo di volontaria giurisdizione n. 61 dell'anno 1991, in punto a "incartamento in materia ammortamento assegno al nome di Banca Nazionale del Lavoro - Filiale di Forlì" e copia dell'estratto del Regio Decreto italiano n. 1736 del 21 dicembre 1933, nonché copie di commentario all'art.25 delle preleggi e agli art. 2042 e 2048 al vigente Codice Civile Italiano.

A questo punto, con istanza depositata il 15 maggio 1992, è volontariamente intervenuta in causa la Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, che ha richiesto "emanare decreto di revoca dei decreti che il Signor Commissario della Legge ha emesso per l'apertura dei termini di prova allo scopo di fruire anche da parte della Cassa degli stessi; confermare il decreto di ammortamento concesso a Banca Nazionale del Lavoro dal Commissario della Legge in data 7 maggio 1991, che trovasi allegato al fascicolo del presente procedimento, opposto da Muccioli Sebastiano e Muccioli Nello, quindi il rigetto dell'opposizione da costoro proposta; dichiarare ingiustificato l'addebito della somma di £.29.889.284= e degli interessi interbancari pretesi da Banca Nazionale del Lavoro nei confronti della Cassa e per l'effetto ordinare a Banca Nazionale del Lavoro lo storno della partita *de quo*; dichiarare Muccioli Sebastiano e Muccioli Nello tenuti comunque e in ogni caso a mantenere indenne l'intervenuta Cassa da ogni pretesa fatta valere o che possa essere fatta valere nei suoi confronti da Banca Nazionale del Lavoro per sorte e capitale, interessi maturati e maturandi e quant'altro, con vittoria delle spese". Riprodotta l'istanza di intervento volontario, si è opposto alla revoca dei termini il procuratore della convenuta, Banca Nazionale del Lavoro, contestando quanto dedotto dalla intervenuta, mentre gli attori, costituitisi formalmente, hanno chiesto aprirsi i termini per la ripresa del procedimento.

Nel termine reprobatorio sono stati ammessi i documenti prodotti dalla convenuta, Banca Nazionale del Lavoro, dalla intervenuta, Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, nonché i testimoni richiesti da quest'ultima e dagli attori.

I tre testimoni ammessi sono il Vice Direttore della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, oggi in pensione, ma in servizio al momento dei fatti, un dipendente della stessa Banca e il marito della figlia dell'attore Nello Muccioli.

Nel secondo termine reprobatorio è stato ammesso quale testimone un funzionario della Banca Nazionale del Lavoro, che presta servizio presso l'Agenzia di Rimini. E' stato anche ammesso il contraddittorio tra due testimoni, cioè tra il predetto funzionario e un funzionario della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino.

Nel termine di controprova é stato ammesso come testimone il Direttore della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino.

Dai documenti ammessi risulta che l'assegno n. 3386459, tratto sul conto corrente n. 8393 intestato agli attori, presso la Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, portava la somma di £. 29.889.284= ed è stato pagato dalla convenuta Banca Nazionale del Lavoro per accredito alla s.p.a. Total, già corrente in Milano, Viale F. Restelli, 1/A (cfr. doc. n. 2 delle prodotte della convenuta B.N.L.); che in data 16 novembre 1989 è pervenuta all'Agenzia di Forlì della Banca Nazionale del Lavoro, raccomandata della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, nella quale si afferma che "l'assegno in oggetto [n. 3386459] è risultato smarrito durante i termini d'incasso" (cfr. doc. n. 1 delle prodotte della convenuta B.N.L.); che il conto corrente n. 8393, presso la Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, è stato chiuso dai titolari - gli attori - in data 12 aprile 1990 (cfr. doc. n. 4 delle prodotte della convenuta B.N.L.) e che tale conto corrente era stato aperto il 1 gennaio 1995 (cfr. doc. n. 1 delle prodotte degli attori); che la convenuta, Banca Nazionale del Lavoro, ha addebitato la suddetta somma di £. 29.889.284= al 30 agosto 1984 (cfr. doc. n. 2 delle prodotte della intervenuta); che detto assegno n. 3386459 è stato negoziato dalla convenuta Banca Nazionale del Lavoro il 28 agosto 1984 (cfr. doc. n. 2 delle prodotte della intervenuta); e che la Banca Nazionale del Lavoro ha proposto agli attori di rilasciare "pur in mancanza della materialità del titolo, l'autorizzazione per l'addebito in conto con valuta data di negoziazione, contro il rilascio da parte [della stessa Banca] di idonea lettera di manleva ovvero di procedura di ammortamento" (cfr. doc. n. 6 delle prodotte della intervenuta); che gli attori in data anteriore al 20 dicembre 1989, ma successiva all'8 novembre 1989, "hanno rifiutato l'addebito con buono valuta dell'importo relativo" all'assegno n. 3386459 "contro il rilascio di [...] lettera di manleva" della Banca Nazionale del Lavoro "al fine ottenere l'autorizzazione" (cfr. doc. n. 8 delle prodotte della intervenuta); che nonostante le richieste della Cassa di Risparmio di San Marino la Banca Nazionale del Lavoro ha affermato di "dare corso alla eliminazione della scrittura solo dopo esperita la procedura di ammortamento del titolo che ha determinato il sospeso" tra le due Banche (cfr. doc. n. 11 delle prodotte della intervenuta).

Dal fascicolo n. 61 dell'anno 1991, allegato agli atti di causa, risulta inoltre che in data 11 aprile 1991 la Filiale di Forlì della Banca Nazionale del Lavoro ha presentato istanza per "dichiarare nullo e privo di efficacia il citato assegno di £. 29.889.284=; ordinare a chi lo detenga di depositarlo presso la Cancelleria del Tribunale di San Marino; ordinare ai signori Muccioli Sebastiano e Muccioli Nello, espletate le formalità di legge, di rilasciare in favore della Banca Nazionale del Lavoro altro assegno di £. 29.889.284, e ordinare agli stessi Muccioli di provvedere al pagamento degli interessi bancari maturati dal 1984 ad oggi. Disporre ogni provvedimento di competenza".

In data 7 maggio 1991 è stato emanato decreto, registrato il giorno stesso, al n. 2344, vol. 211 del Registro di Formalità, nel quale si "dichiara la inefficacia di fronte a qualsiasi detentore dell'assegno bancario n. 3386459 per £. 29.889.284= tratto sul conto corrente n. 8393 esistente presso l'Agenzia di Dogana della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino ed intestato ai signori Muccioli Sebastiano e Muccioli Nello e

dagli stessi negoziato in data 28 agosto 1984 presso la Filiale di Forlì della Banca Nazionale del Lavoro”. Inoltre lo stesso decreto “autorizza la Direzione della Agenzia di Dogana della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, con espresso esonero da ogni e qualsiasi responsabilità, di addebitare la somma portata dall’assegno unitamente agli interessi maturati dal 30 agosto 1984 alla data del presente decreto nello specificato conto 8393. Dichiara il presente decreto immediatamente esecutivo nonostante gravame”. Segue, sempre nel decreto, l’ordine di eseguire le notifiche di rito a tutte quelle che oggi sono le parti in causa, oltre la comunicazione al Comando del Corpo della Gendarmeria e la pubblicazione, assieme alla istanza, nel Bollettino Ufficiale e nel Pubblico Elenco dei Protesti.

Aperto il termine ad allegare, depositate le memorie, la causa è stata posta *pro servato* e trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni i procuratori degli attori, sig.ri Sebastiano Muccioli e Nello Muccioli, hanno concluso chiedendo: “in via preliminare, dichiarare la propria incompetenza a decidere circa l’istanza depositata dalla Banca Nazionale del Lavoro di Forlì l’11 aprile 1991 e di conseguenza annullare il decreto 7 maggio 1991, a tutti gli effetti, dalla sua emissione; 2) nel merito revocare ed invalidare, per i motivi esposti, il decreto 7 maggio 1991, in accoglimento di tutti o di parte dei motivi di opposizione presentati dai signori Muccioli, con annullamento *ex tunc* di ogni addebito di somma per il titolo e gli interessi a carico degli opposenti, disposto col decreto stesso presso la Direzione dell’Agenzia di Dogana della Cassa di Risparmio di San Marino; 3) in subordine e nel merito dichiarare che i signori Muccioli non sono tenuti a corrispondere gli interessi bancari, mai convenuti e neppure quelli legali, sulla somma portata dall’assegno in questione; il tutto con condanna della convenuta Banca Nazionale del Lavoro al pagamento delle spese e degli onorari di causa, da liquidarsi con apposito decreto delle parti in lite”.

La convenuta Banca Nazionale del Lavoro nelle finali allegazioni attraverso il suo procuratore ha così concluso: “1) di dichiarare l’improponibilità dell’opposizione (e conseguentemente la nullità dell’opposizione stessa e di tutti gli atti a seguito di essa posti in essere) avanzata dai signori Muccioli Sebastiano e Muccioli Nello avverso il provvedimento di volontaria giurisdizione emesso il 7 maggio 1991; 2) di confermare il provvedimento medesimo; 3) di confermare l’obbligazione solidale gravante su Muccioli Sebastiano e Muccioli Nello; di corrispondere alla Banca Nazionale del Lavoro, Filiale di Forlì, la somma di £. 29.889.284=, importo dell’assegno bancario n. 3386459 tratto sul conto corrente n. 8393, già esistente presso l’Agenzia di Dogana della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, dai Muccioli negoziato il 28 agosto 1984 presso la Filiale di Forlì della Banca Nazionale del Lavoro; 4) di confermare l’obbligo solidale dei Muccioli di corrispondere sulla predetta somma della Banca Nazionale del Lavoro gli interessi bancari maturati e decorrenti dal 30 agosto 1984, accordando altresì la rivalutazione monetaria; 5) di condannare in solido Muccioli Sebastiano e Muccioli Nello al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, da liquidarsi con successivo e separato provvedimento, previa esibizione di analitica nota da parte [del] procuratore”. L’intervenuta volontariamente, Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, attraverso il suo procuratore, ha concluso confermando “le [già] assunte conclusioni, precisandosi che per quanto concerne la richiesta di condanna al pagamento delle spese ed onorari nei confronti del soccombente, [si] riserva di quantificarli dopo l’emananda sentenza”.

## DIRITTO

1) In via pregiudiziale si dovrà esaminare e conseguentemente valutare l'idoneità di tutti i testimoni ammessi e sui quali grava la riserva generale ex art. 2, sub. 2.8, della Legge 17 giugno 1994, n. 55. Tali testimoni infatti o hanno rapporto di dipendenza con una delle parti in causa e in particolare con le stesse parti che ne hanno avanzato richiesta di ammissione - la convenuta e l'intervenuta -, oppure hanno rapporti di famiglia, come è quello che investe il genere di uno degli attori.

Una memorabile sentenza del Giudice delle Appellazioni, pronunciata il 9 settembre 1868, peraltro allegata dalla dottrina (cfr. T.C. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura civile sammarinese*, R.S.M., 1967, p. 71), stabilisce, come è altrimenti noto, quali sono "i principi fondamentali, che presiedono alla prova testimoniale" nell'Ordinamento Sammarinese.

*In primo luogo è detto che i testimoni si dividono "in due grandi categorie ponendo nella prima quelli che appellansi nel linguaggio giurisprudenziale idonei, classici, maggiori ad ogni eccezione, e nell'altra quelli che dalle regole della sana critica vengono designati come inidonei e sospetti. La estimazione dei gradi di maggiore o minore credibilità, pei quali il testimonio può appartenere all'una o all'altra delle dette due categorie, è in gran parte attribuita alla perspicacia e alla coscienza del giudicante, come sta espresso in chiarissimi termini nella legge", riportata a D.22.5.3.1. La stessa legge, sempre secondo quella sentenza, "si diffonde nello esporre molte dottrine che servir possono al giudicante per estimare la fede attribuibile ai testimoni, avuto riguardo alla loro condizione e probità ed all'interesse, che aver possono a deporre sulle materie, delle quali vengono interrogati. I giureconsulti poi intenti a ridurre la dottrina, di cui trattasi, a più stretta e severa analisi insegnarono che il testimonio può essere classato nella categoria degli inidonei o per genere ignominoso di vita [...], o per condanna sofferta per delitti che presuppongono l'abito di mentire [...], o per la relazione che avere possono colle persone, che stanno in giudizio, come i consanguinei ed affini delle parti in grado propinquo, o finalmente per l'interesse che aver possono nella disputa che si agita. Tutte queste dottrine però, mentre possono essere di guida alla coscienza del giudicante nello estimare la maggiore o minor fede attribuibile al testimonio, non escludono fin qui alcuna classe di persone dall'ufficio di testificare, ufficio che incombe ad ogni cittadino e dal quale niuno può esimersi".*

Deve pertanto essere sciolta la riserva sulla idoneità dei testimoni. Sulla base dei principi esposti, **tutti i testimoni, valutati per i loro stretti rapporti con le parti, non possono essere considerati idonei nel presente processo, perché hanno interessi in causa o in ragione di dipendenza, come lavoratori subordinati dei due istituti di credito, o in ragione del rapporto familiare - "affine in grado propinquo" - che li unisce agli attori, indipendentemente dal fatto che a loro non sia vietato dalla legge di essere chiamati a testimoniare.** Né serve eccepire che almeno uno oggi è in trattamento di quiscenza rispetto alla intervenuta in causa, perché al momento dei fatti invece era in servizio ed ha quindi gli stessi interessi vantati dagli altri testimoni.

Il fatto pertanto deve essere conosciuto e deciso solamente attraverso la documentazione prodotta dalle parti in causa.

2) Contestano in primo luogo gli attori la competenza del Magistrato ad assumere il provvedimento di volontaria giurisdizione opposto, che avrebbe dovuto portare all'ammortamento dell'assegno, mai pervenuto alla Banca sulla quale era stato tratto.

Una tale contestazione, secondo quanto espongono gli attori, troverebbe fondamento giuridico nell'art. 25 delle preleggi al vigente Codice Civile italiano, per cui "le obbligazioni non contrattuali sono regolate dalla legge del luogo ove è avvenuto il fatto dal quale esse derivano". Per quello che può servire va precisato però, che nel diritto italiano le obbligazioni non contrattuali sono soltanto quelle derivanti dai fatti illeciti, espressamente disciplinate nel loro risarcimento dall'art. 2043 e seguenti, sempre del vigente Codice Civile italiano. Se ne dovrebbe quindi desumere che gli attori fondano la loro eccezione di incompetenza sullo smarrimento, sottrazione o distruzione del titolo.

L'allegazione però non sembra pertinente per due ordini di ragioni. In primo luogo pregiudizialmente, perché non è la legge italiana che determina la competenza territoriale nell'Ordinamento Sammarinese, in secondo luogo nel merito, perché l'esercizio dell'ammortamento, ancorché avanzato in sede di volontaria giurisdizione, non avrebbe in alcun modo obbligato coloro che hanno tratto l'assegno - oggi attori - al risarcimento del danno, che discenderebbe dal fatto illecito. L'obbligazione di pagamento era stata già assunta dagli attori nel momento in cui hanno formalmente dato al banchiere sammarinese l'ordine di pagamento, ordine oggi smarrito, oppure distrutto, certamente non sottratto, perché, dopo un così lungo periodo di tempo, il titolo non è stato ancora presentato per l'incasso. Tale ordine, come risulta dagli atti, è stato regolarmente eseguito dalla convenuta Banca Nazionale del Lavoro nei confronti del prenditore.

3) Si deve infatti premettere che non è stato contestato dagli attori che, da parte della convenuta banca, presso cui l'assegno è stato speso dal prenditore, la somma portata dall'assegno medesimo sia stata pagata ad un terzo diverso da colui che ne era il destinatario. Non sembra neppure che il rapporto, per cui tale pagamento è avvenuto, sia collocabile in una obbligazione non contrattuale, che cioè sia intervenuto un fatto illecito, che oggi obbliga i due attori oppure la banca convenuta. L'ordine di pagare, dato dagli attori con l'assegno, era rivolto ad un banchiere, residente in Repubblica - la parte intervenuta volontariamente, Cassa di Risparmio -; a questo soggetto gli attori erano legati da un contratto di conto corrente, quello stesso che poi è stato volontariamente chiuso. A sua volta il banchiere sammarinese aderisce ad accordi con la banca italiana, presso la quale, è stato sufficientemente provato, come l'assegno smarrito o distrutto sia stato negoziato.

Per consolidata giurisprudenza "la giurisdizione sammarinese è competente nelle cause di qualunque genere intentate da forestieri contro cittadini o persone domiciliate nella Repubblica" (cfr. decisione dell'Ecc.mo Consiglio dei XII del 31 luglio 1917 nella causa n. 34 dell'anno 1917, in Giurisprudenza Sammarinese, 1911 - 1930, p. 7).

Sempre la giurisprudenza ritiene che **"l'assegno bancario o *chéque* (per il quale non esistono in questa Repubblica particolari disposizioni scritte) deve ritenersi una cambiale a vista tratta su banchiere: per cui è applicabile, ad esso assegno, la disciplina cambiaria in quanto possibile e tenendo presente la diversa funzione economica dei due titoli: strumento di credito la cambiale, strumento di pagamento l'assegno destinato ad agevolare l'esecuzione di pagamento, non la concessione del credito"** (cfr. la sentenza del Commissario della Legge dell'11 dicembre 1950 nella causa n. 102 dell'anno 1950, in Giurisprudenza Sammarinese, 1963, p. 247).

Ora è evidente che quel rapporto, che ha consentito agli attori la spendita di quell'assegno, oggi smarrito o distrutto, trovava presso il banchiere sammarinese, intervenuto volontariamente in causa, il luogo di adempimento della obbligazione assunta, dato che è ritenuto un mandato di pagamento (cfr. la sentenza del Commissario della Legge dell'8 agosto 1934 nella causa n. 44 dell'anno 1934 in Giurisprudenza Sammarinese, 1933 - 1934, p. 108). Non si può infatti contestare che il luogo dell'adempimento definitivo dell'assegno, che a tutti gli effetti é un biglietto all'ordine di pagamento, era, ed é ancora oggi, presso il banchiere sammarinese, dove gli attori a tal fine avevano aperto un contratto di conto corrente. Da questo punto di vista a nulla rileva in tema di competenza che rapporto di conto corrente sia stato chiuso in tempi successivi alla spendita dell'assegno stesso da parte del suo primo prenditore.

**In una tale situazione, per insegnamento consolidato della stessa giurisprudenza - la quale avverte con enfasi "e tali regole di competenza dovrebbero applicarsi per analogia anche nei giudizi davanti all'Ecc.mo Commissario della Legge" (cfr. decisione dell'Ecc.mo Consiglio dei XII del 31 luglio 1917 nella causa n. 34 dell'anno 1917, in Giurisprudenza Sammarinese, 1911 - 1930, p. 9) -, la competenza discende da quella precisa norma, che è l'art. 24 della Legge 10 dicembre 1884, sulle controversie avanti al Conciliatore, che recita come "il domicilio eletto nelle obbligazioni, quello indicato nelle cambiali, nei biglietti all'ordine e in qualunque scrittura, per eseguire il pagamento o la consegna della cosa, si ritiene come il domicilio reale per determinare la competenza".**

Non si possono accettare obiezioni di nessuna natura contro la vigenza di una tale disposizione, perché proprio in questa parte la norma non può considerarsi abrogata, atteso che non è da ritenersi in contrasto con la Legge 17 giugno 1994, n. 55. Conserva invece tutta la sua vigenza originaria per la esatta determinazione della competenza territoriale. Così almeno è previsto dal primo comma dell'art. 33 della stessa Legge 17 giugno 1994, n. 55, dato che, come è espressamente sancito nel secondo comma, "rimangono pertanto in vigore tutte le norme processuali non contrastanti con la presente legge, sia quelle di fonte legislativa che consuetudinaria, nonché quelle del diritto comune".

Aggiunge poi la stessa giurisprudenza, in relazione ad una norma che stabilisce la "competenza territoriale interna ossia [che] presuppone, non regola la competenza dei tribunali italiani nel loro complesso" che **"il Magistrato Sammarinese è chiamato ad attuare la legge sammarinese"** (cfr. decisione dell'Ecc.mo Consiglio dei XII del 31 luglio 1917 nella causa n. 34 dell'anno 1917, in Giurisprudenza Sammarinese, 1911 - 1930, pp. 7-8). E questo è il secondo ordine di ragioni per cui non è possibile invocare una legge italiana per determinare la competenza del Magistrato sammarinese.

Si deve infine annotare che è vero che tali principi sono stati affermati in materia di giurisdizione contenziosa, ma non si vede proprio la ragione per la quale le stesse norme non determinino anche la competenza territoriale nell'esercizio della giurisdizione volontaria. Anzi, **poiché l'ordine di pagamento é stato rivolto proprio ad un banchiere sammarinese, si deve ritenere che proprio nel territorio della Repubblica il processo di ammortamento per l'assegno, ormai non più rinvenuto, doveva e deve avere il suo corso.**

4) Dobbiamo ora stabilire se il provvedimento, con il quale viene dichiarato l'ammortamento di un assegno bancario, può essere considerato un atto di volontaria giurisdizione.

In favore di una affermazione tutta positiva nell'Ordinamento Sammarinese sta **la consuetudine risalente, per cui gli assegni sottratti, comunque smarriti o distrutti, su istanza di parte sono regolarmente dichiarati, con apposito decreto, "inefficaci di fronte a qualsiasi detentore"**. Il decreto di ammortamento di un assegno bancario, nel modo in cui tale titolo è inteso dalla giurisprudenza, è da ritenersi una questione che inerisce alla circolazione del titolo stesso, perché la relativa procedura tende ad ottenere che il titolo sottratto, smarrito o distrutto, sia privato di validità verso tutti, in modo tale che colui, che ne è stato il legittimo prenditore, possa poi essere posto nella condizione per esigere la prestazione dal debitore.

Da questo punto di vista nulla può essere legittimamente opposto dagli attori, che hanno sottoscritto l'ordine di pagamento rivolto alla banca sammarinese, poi intervenuta in causa, soprattutto perché gli stessi attori non sono mai tornati in possesso dell'assegno. In ogni caso gli attori non hanno formalmente eccepito e soprattutto non hanno dimostrato anzitutto di aver eseguito un pagamento in favore del legittimo prenditore del biglietto, per cui l'obbligazione avrebbe potuto ritenersi estinta, oppure qualsiasi altro rapporto in base al quale il titolo è stato loro trasmesso e così si è estinta l'obbligazione cartolare.

Da parte degli attori non è stata proposta opposizione al decreto di ammortamento al fine di impugnare la validità della propria obbligazione, non avendo i medesimi attori pagato il titolo e non essendone rientrati in possesso. L'azione di opposizione avanzata dagli attori contro il decreto di ammortamento oppone ben altre eccezioni, soprattutto relative agli interessi. In questa sede resta difficile comunque ammettere una opposizione, nella quale da parte degli attori si vuole far valere una pretesa diversa da quella che inerisce direttamente alla legittimità o meno dell'ammortamento del titolo. **Perché se è vero che il procedimento di ammortamento di un titolo di credito è finalizzato soltanto alla formazione di un nuovo strumento di legittimazione in sostituzione di quello ormai perduto, allora è anche vero che in sede di opposizione possono farsi valere soltanto le ragioni inerenti alla mancanza dei presupposti per l'ammortamento del titolo stesso.**

5) La giurisprudenza ha affermato che "a norma delle Rub. II-IV del Libro IV delle *Leges Statutae*, e secondo la tradizione del diritto comune, **si deve in linea di principio affermare l'ammissibilità dell'appello avverso i decreti di volontaria giurisdizione: e anche nel caso di specie, pur nell'assenza di precedenti noti, non sembra possibile dubitare della natura giurisdizionale, quantunque non contenziosa, del provvedimento emanato dal Commissario della Legge nel legittimo esercizio delle sue funzioni secondo la generale competenza che gli spetta in tutte le materie non espressamente riservate al Consiglio dei XII**" (Sentenza del Giudice delle Appellazioni del 18 aprile 1959 nella causa n. 349 dell'anno 1958, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964, p. 21).

Quindi ne consegue che la competenza del Commissario della Legge ad emettere un provvedimento di volontaria giurisdizione discende dal fatto che soltanto a lui compete in via generale di esercitare le funzioni giurisdizionali "in tutte le materie non espressamente riservate al Consiglio dei XII". Ad un tale riconosciuto principio oggi bisognerà anche aggiungere, "e nelle leggi successive", quali, p.e., quelle in materia di lavoro o l'Ordinamento giudiziario. Si deve però ugualmente concludere, in perfetto accordo con quanto è insegnato da quella giurisprudenza, che **al Magistrato di primo grado compete comunque l'esercizio della volontaria giurisdizione.**

**Contro un decreto di volontaria giurisdizione, oltre all'esercizio dell'appello, è sempre ammessa l'opposizione davanti allo stesso giudice, perché altrimenti si negherebbe, a chi ne ha interesse, un grado di giudizio. In questo senso il caso è del tutto analogo a quello previsto per la contumacia, nel quale si hanno "due vie da scegliere: o direttamente appellarsi [...], oppure impugnare la prima sentenza, col mezzo della opposizione davanti allo stesso giudice che l'ha pronunciata ed in seguito proporre eventuale appello contro la sentenza che ha pronunciato sulla opposizione"** (cfr. T.M. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, R.S.M., p. 90).

L'eccezione della convenuta, che il decreto di volontaria giurisdizione è suscettibile solo dell'appello, non trova fondamento.

6) L'istanza per ottenere l'ammortamento dunque è stata legittimamente e ritualmente avanzata dalla convenuta Banca Nazionale del Lavoro, nella sua qualifica di portatore dell'assegno smarrito e, da questo punto di vista, ben può essere considerata un atto di richiesta dell'esercizio da parte del Magistrato di quella "iurisdictio voluntaria [...], quae exercetur solum in volentes". Nell'Ordinamento Sammarinese, perlomeno secondo l'allegata giurisprudenza ormai consolidata, una tale specie di giurisdizione compete in modo esclusivo al Commissario della Legge.

E' comunque noto che la volontaria giurisdizione, "differt a contentiosa, nedum ex dictis, quia voluntaria solum in volentes exercetur, unde etiam nomen accepit, et contentiosa etiam in invitos exerceri potest in iudicio, unde a contentione partium inibi contententium nomen desupsit" - "si distingue dalla contenziosa, tanto più per la definizione, perché la volontaria si esercita solamente in coloro che la vogliono, onde riceve anche il nome, e la contenziosa che può essere esercitata in giudizio anche in coloro che non la vogliono, onde dalla controversia delle parti assunse il nome proprio dei contendenti" (cfr. L. Ferraris, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica, tomus quartus* (I-L), ed. Venetiis 1777, p. 480, nu. 4-5).

Nella migliore dottrina le due giurisdizioni nel diritto comune sono state così definite: **"la giurisdizione contenziosa ha per oggetto l'esame e la decisione delle cause litigiose, come pure l'esecuzione delle sue decisioni; mentre la giurisdizione volontaria si esercita negli affari che non offrono contestazione, e nei quali la persona incaricata dell'esercizio di questa giurisdizione non ha che di accordare una conferma, una pubblica attestazione [...]. Le due specie di giurisdizione hanno per oggetto di guarentire i diritti delle parti: ma codesta guarentigia non è la medesima nei due casi. Lo scopo della giurisdizione contenziosa è di guarentire e ristabilire dei diritti già lesi: la giurisdizione volontaria stabilisce delle guarentigie contro le lesioni future"** (cfr. F. Glück, *Commentario alle Pandette*, III, Milano 1988, § 193).

Ne discende pertanto che **l'esercizio della volontaria giurisdizione può sempre aver luogo nei confronti di diritti che non possono essere contestati, oppure nei confronti di certi atti che per loro natura richiedono una speciale sanzione dell'Autorità Giudiziaria**. E' evidente che il secondo caso non interessa in questa sede, ma la prima accezione si attaglia perfettamente alla richiesta, che la convenuta Banca Nazionale del Lavoro ha avanzato per ottenere l'ammortamento dell'assegno, inteso come ordine di pagamento, tratto dagli attori sul loro conto corrente, e del quale hanno contestato alla stessa convenuta solo di non poter vantare oggi il materiale possesso.



Al fine di ottenere il suddetto decreto di ammortamento - che è esercizio di giurisdizione - a nulla rileva che sia stata presentata più o meno tempestivamente denuncia di smarrimento o di sottrazione, o che tale denuncia non sia stata mai presentata. E' il rifiuto ad addebitare la somma portata dall'assegno nel conto corrente per carenza di possesso del titolo, che giustifica la domanda di ammortamento della convenuta. Nel caso é giuridicamente rilevante soltanto che sia stata accertato che l'assegno é stato tratto dagli attori sulla banca sammarinese e che la convenuta, quale girataria, lo abbia pagato al prenditore entrandone così in legittimo possesso.

Da parte degli attori non è in formale contestazione che il suddetto assegno non sia mai stato emesso o che sia stato da loro pagato, che sono - si deve ripetere - gli unici fatti che non avrebbero consentito alla convenuta di avanzare la richiesta di ammortamento, una volta che il suddetto assegno fosse stato perduto.

Si deve pertanto concludere che l'istanza di ammortamento dell'assegno è fondata e che il decreto che ne ha dichiarato l'ammortamento, nella formula consuetudinariamente usata, non può essere revocato, siccome richiesto dagli attori. Perlomeno per questa parte il decreto trova le sue solide ragioni per essere stato legittimamente emanato e non è possibile accogliere l'opposizione degli attori, dovendosi confermare il decreto per quanto riguarda l'ammortamento dell'assegno.

7) Ben diversa è invece l'opposizione spiegata, sempre dagli attori, nei confronti del decreto 7 maggio 1991, per la parte che ha posto a carico degli stessi l'addebito della somma e anche di una somma a titolo di interessi.

Sul punto l'opposizione degli attori trova invece valido fondamento, perché **le due distinte istanze della convenuta, che hanno sicuramente natura contenziosa, non possono essere conosciute, né tanto meno accolte, durante e per mezzo di un procedimento di volontaria giurisdizione.**

Se è vero che **“la giurisdizione volontaria si esercita negli affari che non offrono contestazione, e nei quali la persona incaricata dell'esercizio di questa giurisdizione non ha che di accordare un conferma, una pubblica attestazione”**, si deve necessariamente concludere che le due istanze, e soprattutto quella relativa alla data di decorrenza degli interessi, è materia che era allora, ed è tuttora, in contestazione tra le parti in causa, e non può essere decisa *inaudita altera parte*.

L'opposizione ha contestato che sopra tali punti il decreto 7 maggio 1991 non ha realizzato nessun contraddittorio, perché, in accoglimento di una istanza, ha stabilito unilateralmente di porre a carico degli attori la somma portata dall'assegno e gli interessi derivati, che si pretendono essere ormai maturati. Le due questioni devono essere decise in ben altre sedi, certamente diverse da quelle di esercizio della volontaria giurisdizione, dove è possibile ottenere soltanto l'ammortamento del titolo.

Nei confronti della somma portata dall'assegno, dopo l'ammortamento, per fare valere le proprie ragioni, la convenuta deve far seguire un procedimento, nel quale è necessario richiedere l'applicazione, “ad esso assegno, della disciplina cambiaria in quanto possibile e tenendo presente la diversa funzione economica dei due titoli: strumento di credito la cambiale, strumento di pagamento l'assegno destinato ad agevolare l'esecuzione di pagamento, non la concessione del credito” (cfr. la sentenza del Commissario della Legge dell'11 dicembre 1950 nella causa n. 102 dell'anno 1950, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 247).

In particolare bisognerà ricordare che, proprio la stessa giurisprudenza, ha anche stabilito che **“l'assegno bancario è valido titolo per la prova dell'obbligazione (consistente**

**nell'obbligo di fare eseguire, in base ad esso, al legittimo titolare la prestazione menzionata nel titolo) a carico di chi lo ha rilasciato"** (cfr. la sentenza del Commissario della Legge dell'11 dicembre 1950 nella causa n. 102 dell'anno 1950, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 247). **Ne discende che un conto è chiedere l'ammortamento del titolo di credito, un conto è chiedere l'adempimento della obbligazione portata dal titolo, un conto è chiedere la giudiziale esecuzione della obbligazione: non è un problema di forme da seguire, ma di esercizio di azioni diverse in sedi giurisdizionali diverse.**

8) Nei confronti poi degli interessi l'istanza della convenuta, avanzata in una con quella di ammortamento, in sede di volontaria giurisdizione, ugualmente non poteva essere né conosciuta, né tanto meno decisa. **L'assoluta carenza di ogni contraddittorio tra le parti, su una domanda che per sua natura è sicuramente contenziosa, perché non è volta a chiedere nessuna conferma, ma invece offre possibili motivi di contestazione, non consente in quelle forme di porre a carico degli attori oppONENTI gli interessi, come invece è stato fatto con il decreto 7 maggio 1991.**

Il richiamo al rigoroso rispetto del contraddittorio è affermato in toni categorici dalla dottrina anche nelle cause sommarie, quando viene riconosciuto che **il Magistrato è tenuto ad "una osservanza gelosa del contraddittorio, facendo sì che la parte avversaria, se non comparisce spontaneamente assieme all'attore, sia avvertita a voce o per iscritto a spese del postulante, e possa dire e dedurre in qualunque modo quanto crede opportuno per la sua difesa". E prosegue "per conseguenza, debesì sempre dare un termine congruo per la risposta, perché pretendere una risposta immediata potrebbe molte volte rendere illusorio il diritto di contraddire"** (cfr. T.M. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, R.S.M., p. 101 e la giurisprudenza ivi citata).

Sempre la dottrina insegna che "si ha nullità di procedura e di sentenza [...] se il contraddittorio non fu sostanzialmente rispettato e quindi se ogni parte non fu posta nella possibilità di far sentire le proprie ragioni" (cfr. T.M. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, R.S.M., p. 180).

Non esistono dubbi che il contraddittorio tra le parti sulle due anzidette istanze non sia mai stato realizzato prima della pronuncia del decreto 7 maggio 1991. Il caso però non ammette rimedi, perché realizza l'ipotesi di una "irreparabile violazione del contraddittorio", che dà luogo alla nullità, non potendosi in questa sede di opposizione ripetere l'atto, "o in qualunque altro modo riparare alla omissione" e quindi "provvedere secondo il prudente arbitrio" del Magistrato. Ne consegue quindi che si "deve dichiarare la nullità" (cfr. T.M. Giannini - F. Viroli, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, R.S.M., p. 180) di quella parte del decreto che pone immediatamente a carico degli attori l'ammontare della somma e degli interessi.

Si deve infine concludere, ma solo per completezza, che tali istanze, carenti di forme, potranno essere avanzate soltanto in sede contenziosa.

9) Sul punto comunque non si possono accogliere neppure le conclusioni avanzate per la prima volta dalla convenuta nelle finali allegazioni - "di confermare l'obbligazione solidale gravante su Muccioli Sebastiano e Muccioli Nello di corrispondere alla Banca Nazionale del Lavoro, Filiale di Forlì, la somma di £.29.889.284=, importo dell'assegno bancario n. 3386459 tratto sul conto corrente n. 8393, già esistente presso l'Agenzia di Dogana della Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, dai Muccioli negoziato il 28 agosto 1984 presso la Filiale di Forlì della Banca Nazionale del Lavoro"

e poi “di confermare l’obbligo solidale dei Muccioli di corrispondere sulla predetta somma della Banca Nazionale del Lavoro gli interessi bancari maturati e decorrenti dal 30 agosto 1984, accordando altresì la rivalutazione monetaria” -, perché le due istanze avrebbero dovute essere presentate, non in via di eccezione alla opposizione al decreto degli attori, peraltro sul punto fondata, ma con una vera e propria domanda riconvenzionale.

Dopo la *litis contestatio*, quando si è formato l’oggetto della lite, la convenuta, nelle sua comparsa ha richiesto soltanto “che sia respinto il ricorso dei signori Muccioli Sebastiano e Muccioli Nello e sia confermato in ogni sua parte il decreto del Commissario della Legge in data 7 maggio 1991”. Ciò significa che non sono state richieste in quella sede - la prima in ordine di stato del processo per la convenuta, dopo che si era consumato il termine statutario - le stesse istanze, che ha poi presentato nelle finali memorie. Né tali istanze sono state avanzate dall’intervenuta in corso causa, se non nel senso che l’addebito della somma e degli interessi, praticato *inuaudita altera parte* nei confronti della convenuta era ingiustificato. **La carenza di contraddittorio, che non consente di esaminare tali rapporti tra gli attori e la convenuta, non consente di esaminare gli stessi rapporti neppure nell’interesse della chiamata in causa. Pertanto trova fondamento soltanto la domanda circa l’ingiustificato addebito presente nel decreto opposto.**

Nei confronti dell’opposizione spiegata dagli attori, le due domande, di pagamento della somma e di pagamento degli interessi, senza l’esercizio delle formali azioni riconvenzionali da parte della convenuta, rappresentano l’esercizio di azioni autonome, che superano i limiti della domanda principale avanzata dagli attori in opposizione. Ciò significa che l’opposizione non è stata sufficientemente contraddetta da una citazione in via riconvenzionale della medesima convenuta.

Nella originaria causa per opposizione le finali conclusioni della convenuta realizzano così una inammissibile estensione dell’oggetto del giudizio. La convenuta infatti non si limita a richiedere l’assoluzione, ma in tal modo oppone una controdomanda, diretta ad ottenere un provvedimento positivo in suo favore. La nuova domanda della convenuta è del tutto autonoma rispetto all’opposizione degli attori, e non è collegata con i fatti estintivi e impeditivi della medesima domanda in opposizione, bensì presuppone fatti costitutivi. In questo caso è rilevante soltanto il fatto originario dedotto in giudizio dagli attori, che costituisce il rapporto processuale in opposizione. Gli attori hanno fondatamente opposto alla convenuta la nullità del contraddittorio nella emissione del decreto. La contestazione degli stessi attori, se anche non investe il decreto di ammortamento, validamente emanato, è però da ritenersi fondata nei confronti degli altri due aspetti dello stesso decreto, cioè del pagamento automatico della somma portata dall’assegno, anche se ormai è reso inefficace, e degli interessi.

Dette nuove conclusioni, che presuppongono l’esercizio di autonome azioni, non possono essere conosciute e decise in questa sede, proprio perché sul punto non è stata spiegata domanda riconvenzionale.

10) Per quanto invece riguarda la richiesta che gli attori devono tenere indenni la intervenuta Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, anche in questo caso, considerato lo stato degli atti, la domanda deve essere accolta, perché è fondata sul contratto di conto corrente, che gli attori hanno avuto nei confronti della stessa intervenuta. Ovviamente però deve essere fatto salvo il fatto che il suddetto conto è stato chiuso anteriormente al decreto di ammortamento dell’assegno. Nulla infatti è stato

provato e contestato in causa circa questo aspetto del rapporto intercorso e concluso tra gli attori e la intervenuta, perché tale fatto non è stato dedotto in giudizio.

11) Si ritiene infine che nel caso in questione le spese ed onorari del presente giudizio devono essere parzialmente compensati tra le parti in causa in ragione di un terzo, tra gli attori e la convenuta Banca Nazionale del Lavoro, e ugualmente in ragione di un terzo tra gli attori e la intervenuta in causa, Cassa di Risparmio della Repubblica di San Marino, in entrambi i casi in attuazione del § 273 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, laddove dispone “nisi tamen ipse victus legitimam litigandi causam habuerit” - “se però esso vinto non abbia avuto una legittima causa di litigare”.

Ma per i restanti due terzi, in entrambi i casi, le spese del presente giudizio devono seguire il principio della soccombenza e sono da porsi a carico della convenuta, Banca Nazionale del Lavoro, e saranno liquidate, *more soluto*, con successivo e separato decreto, dopo l'esibizione della nota analitica delle spese e degli onorari da parte dei procuratori degli attori e della intervenuta (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell'anno 1923, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1927, p. 9).

### 131.

Commissario della Legge (Dott. Lamberto Emiliani), 11 maggio 1995.

Marzi Secondo, Marino, Luigi (Avv. M.R. Palazzetti) : Bologna Antonio (Avv. G. Burgagni) – Causa n. 10, anno 1988.

#### **Vendita – Convenzione di lottizzazione – Inosservanza – Illecito civile – Responsabilità.**

*Soltanto se inserite nei contratti di compravendita dei singoli lotti, le clausole di una convenzione, stipulata dall'originario proprietario di area lottizzata con gli uffici pubblici competenti, possono costituire obblighi a carico dell'originario proprietario nei confronti degli acquirenti dei singoli lotti.*

*Dette clausole possono costituire altresì, in caso di inosservanza, illecito civile, generatore di responsabilità, capace di tradursi in esecuzione specifica della convenzione e del connesso regolamento.*

---

### FATTO

Con atto a ministero dell'avv. Maria Rita Palazzetti, depositato in Cancelleria il 14 gennaio 1988, i fratelli Secondo, Marino e Luigi Marzi convenivano in giudizio Antonio Bologna. Essi esponevano: 1) di aver acquistato un appezzamento di terreno compreso in una lottizzazione realizzata, in Fiorentino, da Antonio Bologna; 2) costui aveva stipulato con i pubblici uffici competenti una convenzione relativa ai lavori che dovevano essere realizzati nell'area di lottizzazione; 3) Bologna tuttavia non aveva eseguito la rete

fognaria, non aveva provveduto a sistemare le zone verdi e aveva arbitrariamente modificato la rete stradale della lottizzazione; 4) erano risultati vani inviti e solleciti rivolti a Bologna, di modo che essi Marzi si vedevano costretti ad agire giudizialmente.

Ciò esposto i fratelli Marzi citavano in giudizio Antonio Bologna per sentirlo condannare “alla costruzione della rete fognaria prevista dalla convenzione 1° luglio 1964 (prodotta in atti), al pagamento delle spese e degli onorari di causa.

Nell’udienza fissata allo scopo gli attori riproducevano la citazione e il convenuto si costituiva a mezzo di procuratore. Nei rituali termini di prova e controprova venivano ammessi i documenti prodotti dalla parte attrice. La parte convenuta non usufruiva dei termini e – aperto il 29 novembre 1988 il termine ad allegare – trascurava anche di prendere conclusioni.

Il 22 febbraio 1990 il Commissario della Legge (dott. Francesco Viroli) pronunciava sentenza interlocutoria di cui conviene dare breve sintesi.

Rilevava il Commissario della Legge il comportamento processuale passivo del convenuto. Ciò nonostante dichiarava, a quello stato degli atti, non potersi accogliere la domanda attrice. Osservava a motivazione: “Gli attori invocano una convenzione stipulata il 1° luglio 1964 fra Antonio Bologna, originario proprietario dell’area lottizzata, e l’ufficio amministrativo competente, convenzione contenente anche un regolamento di lottizzazione emesso dal predetto ufficio. Al punto 13 della convenzione è stabilito l’obbligo del proprietario dell’area lottizzata di inserire copia della convenzione stessa in tutti i contratti di compravendita dei singoli lotti. L’inserimento doveva quindi avvenire anche nell’atto di acquisto del lotto da parte dei fratelli Marzi: di ciò la parte attrice non ha fornito prova alcuna e quindi non è dato sapere se le clausole della convenzione e del regolamento di lottizzazione costituiscano o meno parte integrante del contratto stesso. La circostanza doveva essere esattamente provata in quanto diverse possono essere le conseguenze dell’inserimento o meno delle clausole della convenzione e del regolamento nei contratti di compravendita dei lotti. Tali norme e clausole pongono limitazioni e vincoli alla edificazione nella zona, a tutela degli interessi pubblici ma anche privati di natura urbanistica, igienica ed estetica. Le norme stesse inoltre – in quanto da inserirsi nei contratti stipulati tra il privato lottizzatore (il convenuto Antonio Bologna) e i privati acquirenti dei singoli lotti, con l’effetto di vincolare le singole proprietà che fanno parte della lottizzazione e di essere obbligatorie per tutti i proprietari e compratori dei terreni e immobili facenti parte della lottizzazione – contrattualmente costituiscono pesi reciproci a carico di ciascun lotto ed a vantaggio di tutti gli altri. Deve comunque aggiungersi che, indipendentemente dall’inserimento nei contratti di compravendita dei singoli lotti, le norme stesse e quelle della legge edilizia creano in ogni caso pesi e limitazioni legali e vincoli a carico di ciascun lotto e a vantaggio di tutti gli altri. Il mancato rispetto di tali vincoli e pesi da parte di uno o più proprietari di singoli lotti, oltre a integrare eventualmente illecito amministrativo, può costituire anche illecito civile, generatore di responsabilità in parte contrattuale e in parte aquiliana, poiché lede il diritto degli acquirenti dei singoli lotti a non subire senza causa e quindi ingiustamente (limitazioni) della pienezza del diritto di godere e di usufruire, quali proprietari, di tutto quanto è garantito dalle norme e clausole che avrebbero dovuto costituire parte integrante di ciascun contratto di compravendita di lotto nella zona considerata. Come già si è detto, tale ultima circostanza non è documentata né provata e ciò non consente di decidere nel merito della presente causa. Occorre pertanto

sospendere ogni decisione nel merito e sulle spese e mandare alla parte attrice di istruire ulteriormente la causa sul punto sopra specificato”.

In ripresa d'istanza venivano ammessi ed esaminati i testi Mario Fabbri, Secondo Ridolfi e Mauro Amici indotti dalla parte attrice. Essi in primo luogo riferivano che nelle more di questo giudizio era stata stipulata una nuova convenzione. Concordemente riferivano che i lavori previsti da questa nuova convenzione sono stati eseguiti. Quanto ai precedenti accordi e alla precedente convenzione attestavano di esserne a conoscenza “solo per sentito dire”.

Indotto dalla parte convenuta veniva escusso il teste geom. Piero Lonfernini. Anch'egli riferiva della nuova convenzione. In particolare: “per quanto riguarda il problema dell'allacciamento della rete fognaria, l'accordo aveva previsto la rinuncia dei fratelli Marzi in qualsiasi rivalsa sulla questione mentre sulle aree verdi ritengo che rimanga valido quanto stabilito negli accordi con l'U.T.S. del 1964. La presa d'atto che è stata formulata sulla planimetria catastale al momento degli accordi riguardava i nuovi tracciati stradali rispetto a quanto contenuto negli accordi con l'U.T.S. la presa d'atto si era resa necessaria in quanto andava a modificare alcune aree verdi che però rimanevano vincolate agli accordi stabiliti sempre nel 1964 con l'U.T.S. le aree previste a verde a suo tempo non erano destinate ad altro uso salvo lo stato di manutenzione ...” (così testualmente nel verbale d'udienza 24 settembre 1992).

Introdotta il 30 giugno 1993 il termine ad allegare, le parti producevano memorie tanto che il 13 gennaio 1994 si procedeva alla irrotulazione della causa.

La parte attrice concludeva precisando che “il presente giudizio procede esclusivamente per la richiesta dei fratelli Marzi di vedere adempiuto l'obbligo assunto da Bologna di sistemare le zone verdi come da convenzione del 1964 prodotta ed allegata regolarmente agli atti di causa e non contestata dalla controparte perché non poteva certamente essere contestata; e per vedere condannare Bologna a tutte le spese di giudizio, onorari legali compresi, perché il mancato rispetto di un'obbligazione assunta costituisce inadempimento e la mancata attuazione nonostante i solleciti dimostra la cattiva volontà di Bologna”. Chiedeva pertanto parte attrice al Commissario della Legge di voler “condannare Bologna ad attuare la convenzione del 1964 e se non vi provvederà direttamente che sia l'Ufficio Tecnico Statale a provvedere ponendo gli oneri a carico di Bologna, e condannare inoltre Bologna al pagamento delle spese ed onorari legali”.

Concludeva parte convenuta: “dovendo l'attore provare i fatti che sono a fondamento dell'azione, in ottemperanza al rispetto dell'onere probatorio, e non avendo certo i Marzi provato alcunchè, si chiede respingere la domanda”. La medesima parte chiedeva la condanna degli attori al pagamento di spese e onorari di causa.

## DIRITTO

1. In primo luogo si osserva che, stando all'atto introduttivo del giudizio, depositato in Cancelleria il 14 gennaio 1988, la presente causa ha per oggetto la pretesa dei fratelli Marzi di veder condannare Antonio Bologna “alla costruzione della rete fognaria prevista dalla convenzione 1° luglio 1964”. In ripresa d'istanza la richiesta della parte attrice sembra modificarsi: in atto 16 maggio 1991 si chiede infatti la condanna di Antonio Bologna “al rispetto della citata convenzione e al risarcimento delle spese e dei danni patiti dai fratelli Marzi a causa della sua inadempienza”. Nella memoria conclusionale infine si chiede condannarsi Bologna alla sistemazione delle zone verdi

“come da convenzione del 1964” precisando che a questo fine “il presente giudizio procede esclusivamente”.

Sembrerebbe pertanto violato l'ordine processuale, in particolare vulnerato il principio del contraddittorio, con tutte le conseguenze che possono riconnettersi a questa circostanza. **Il principio del contraddittorio significa che il convenuto deve essere messo in condizione di contraddire, se lo ritiene utile. E quindi in primo luogo significa che la parte nei confronti o “contro” la quale si chiedono statuizioni del giudice deve essere convenuta in giudizio con atto contenente esplicita e chiara indicazione del “petitum”; né questo può mutare in corso di causa se non nel rispetto delle procedure previste a garanzia, appunto, dell'effettivo contraddittorio fra le parti.**

Secondo la costante giurisprudenza, solo quando la violazione del principio e della realtà stessa del contraddittorio sia stata totale, l'effetto è la nullità dell'intero procedimento o di una fase di esso; una pur palese situazione di irritualità non determina nullità del procedimento quando il contraddittorio, almeno in parte, abbia avuto luogo; in tal ultimo caso il vizio non sembra coinvolgere principi di diritto pubblico e pertanto può essere valutato “ad iniziativa di parte”.

2. Nel caso nostro ogni ulteriore esame dell'argomento sembra precluso dalla indubitabile consistenza della pretesa avanzata dalla parte convenuta in conclusionale: “dovendo l'attore provare i fatti che sono a fondamento dell'azione, e non avendo certo i Marzi provato alcunchè, si chiede respingere la domanda”.

A questa decisione si perviene attraverso varie considerazioni. In primo luogo: **il principio dell'onere della prova in capo all'attore impone a quest'ultimo l'obbligo di portare all'attenzione del giudice elementi di fatto concludenti, tali cioè da poter dimostrare la responsabilità del convenuto; tale è il senso della norma generale secondo la quale “ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat”, ove il termine “probatio” deve essere inteso non genericamente ma in senso specifico di prova piena e concludente.** Soccorre al riguardo l'autorità del Consiglio dei Dodici, decisione 8 novembre 1988, consulente prof. V. Crescenzi, nella causa civile 392 del 1977 (in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1981-1990, p. 376). Ma **la nostra giurisprudenza è costante nel ritenere che spetta all'attore di provare l'esistenza dell'obbligazione di cui domanda l'esecuzione e spetta al convenuto di dimostrare il fatto che abbia estinto l'obbligo.** Si possono al riguardo citare le sentenze di primo grado 31 maggio 1928, 7 novembre 1929, 3 aprile 1933, 26 luglio 1935 (in *Giurisprudenza Sammarinese*: 1928 p. 9, 1929 p. 17, 1933-1934 p. 38, 1935-1936 p. 64) e da ultimo, con ampi richiami dottrinali, la sentenza del Commissario della Legge 24 ottobre 1990 (in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1981-1990, p. 1648).

Quando si afferma che l'onere della prova incombe in capo all'attore, si afferma anche che colui che intraprende un'azione legale per il riconoscimento di un proprio diritto deve recare la dimostrazione dell'esistenza del diritto stesso (cfr. decisione di terzo grado citata prima). Dimostrare cioè che la sua pretesa è riconducibile ad una situazione giuridica designata dall'ordinamento come diritto.

3. Ora - si osserva in secondo luogo, con specifico riferimento al caso che forma oggetto di questo processo - la situazione giuridica alla quale può essere ricondotta la pretesa degli attori Marzi è quella rappresentata dal contratto di compravendita del lotto, nel quale a loro dire sarebbero state inserite o dovevano essere inserite le clausole della convenzione precedentemente stipulata dal proprietario originario (Antonio Bologna)

con l'ufficio pubblico competente (Ufficio Tecnico Statale). Non la convenzione in sé, come sembra ritenere la procura attrice.

Infatti, il mancato rispetto da parte di Bologna dei vincoli, dei pesi e in una parola degli obblighi posti a suo carico dalla convenzione, può dar luogo ad illecito amministrativo e comunque assume rilievo soltanto nei rapporti fra lo stesso Bologna e la pubblica amministrazione.

Perché il mancato rispetto della convenzione abbia rilevanza nei rapporti fra i privati intervenuti nel contratto di compravendita – fino a costituire illecito civile generatore di responsabilità – occorre che le clausole della convenzione e del connesso regolamento di lottizzazione siano state effettivamente e regolarmente inserite nel contratto di compravendita del singolo lotto, così da costituire pesi, vincoli, in una parola obblighi contrattuali.

La stessa convenzione e il connesso regolamento richiamano il contratto e ad esso rinviano l'efficacia degli impegni reciproci dei privati contraenti, come risulta dal punto 13 che stabilisce l'obbligo del proprietario originario di inserire copia della convenzione stessa in tutti i contratti di compravendita dei singoli lotti.

Ove poi si voglia ritenere una responsabilità diversa da quella contrattuale ma derivante pur sempre dalla convenzione, deve egualmente osservarsi che la convenzione stipulata da Bologna con i competenti uffici pubblici può svolgere effetti fra lo stesso Bologna ed altri, estranei alla convenzione, solo se inserita in uno speciale rapporto capace di creare una situazione di diritti e di doveri tra Bologna e quelle altre persone. Si torna così nuovamente al contratto, senza il quale i Marzi non possono pretendere che Bologna sia condannato "ad attuare la convenzione", come richiedono in conclusionale. Potranno avere altre pretese, eventualmente risarcitorie, ma non quella dell'esecuzione specifica della convenzione.

Ritiene in altri termini il Tribunale: **solo se inserite nei contratti di compravendita dei singoli lotti, le clausole di una convenzione stipulata dall'originario proprietario di un'area lottizzata con gli uffici pubblici interessati possono costituire obblighi a carico dell'originario proprietario nei confronti degli acquirenti dei singoli lotti e costituire, in caso di inosservanza, illecito civile generatore di responsabilità capace di tradursi in esecuzione specifica della convenzione e del connesso regolamento.** Sostanzialmente conformi appaiono le affermazioni contenute, per una diversa fattispecie concreta, nella sentenza di primo grado 30 marzo 1981 (in Giurisprudenza Sammarinese, 1981-1990, p. 790).

4. Non senza motivo, quindi, la sentenza resa nei presenti atti il 22 febbraio 1990 rilevava come parte attrice non avesse fornito prova alcuna dell'inserimento di copia della convenzione nell'atto di acquisto del lotto da parte dei fratelli Marzi. Così che, non essendo dato sapere se le clausole della convenzione e del regolamento costituissero o meno parte integrante del contratto, neppure era dato decidere nel merito della causa. Mandava pertanto alla parte attrice di istruire ulteriormente la causa sul punto sopra specificato.

Ma ripresa l'istruttoria causa – seppur con le incertezze e le ambiguità, delle quali si è detto – la situazione non sembra mutata.

Si consideri. A quanto riferisce il teste geom. Piero Lonfernini i Marzi avrebbero rinunciato ad ogni pretesa concernente la costruzione della rete fognaria prevista dalla convenzione; la qual cosa verrebbe a chiarire la modifica del "petitum", senza peraltro dimostrare alcunché quanto alla pretesa concernente la sistemazione delle zone verdi. Gli



altri testi riferiscono anch'essi di un nuovo accordo, una nuova convenzione, ma non danno alcuna prova "piena e concludente" del contenuto del contratto a suo tempo stipulato da Bologna e dai Marzi.

Siamo con ciò al punto cruciale della causa, poiché quello che più conta è la mancata produzione in giudizio del contratto di compravendita del lotto. Ci si deve pertanto chiedere se il Tribunale, per giudicare del fondamento della pretesa di parte attrice (che in definitiva dipende dal sapere se le clausole della convenzione e del regolamento di lottizzazione costituiscono o meno parte integrante del contratto), possa tener conto di un atto, di una scrittura che non è stata prodotta in causa.

Evidentemente non può. Anche se di questo atto fosse stata data esauriente prova per testi, così da avere iscritti a verbale tutti gli elementi essenziali del contratto, dovrebbe pur tuttavia ricordarsi che – a tacere di ogni altra considerazione – con sentenza del Commissario della Legge 8 ottobre 1992 in causa civile 281 del 1990, confermata poi in appello con sentenza 21 marzo 1994, **il Tribunale Commissariale si è a lungo soffermato sulla rilevanza in giudizio di un atto non sottoposto a registrazione, e l'ha correttamente esclusa. La sentenza di secondo grado ha escluso anche che quell'atto possa essere preso in considerazione mediante la registrazione del verbale d'udienza in cui sia stato recepito il contenuto essenziale dell'atto stesso.**

**In effetti secondo la legge è fatto divieto ai giudici di emettere provvedimenti in base ad atti non registrati, se prima non siano stati registrati. L'omessa registrazione deve essere rilevata d'ufficio.**

**Sta di fatto che gli attori non hanno assolto l'onere di prova posto a loro carico dall'ordinamento e ribadito in questa stessa causa con sentenza interlocutoria.**

5. Dunque le pretese degli attori non hanno giuridico fondamento, perché sprovviste del prescritto corredo di prove, e vanno perciò respinte.

In conseguenza gli attori vanno condannati al pagamento delle spese e degli onorari incontrati per questo giudizio dal convenuto Antonio Bologna, sulla base del principio della soccombenza accolto nella *Leges Statutae*. Non vi è motivo per non liquidare quanto richiesto dal procuratore della parte convenuta ossia £. 2.950.000= (come da nota esposta in memoria conclusionale) salvo naturalmente le successive occorrenze.

### 132.

Commissario della Legge (Dott. Lamberto Emiliani), 18 maggio 1995.

L.S. (Avv. L. Baccocchi) – Causa n. 89, anno 1995.

### **Sentenza Italiana – Delibazione – Giudizio di non contrarietà all'ordine pubblico interno.**

*Secondo l'art. 5 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato fra San Marino e Italia del 31 marzo 1939, nella lettura che se ne deve fare a seguito delle modifiche introdotte con l'Accordo 28 febbraio 1946, le decisioni pronunciate da Autorità giurisdizionali italiane hanno l'autorità della cosa giudicata nel territorio di San Marino, quando tra le*

*altre condizioni, concorra quella che la decisione non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico della Repubblica.*

---

## FATTO

Il 22 marzo 1995 l'avv. Livio Bacciocchi per incarico conferitogli da S.L. depositava in Cancelleria istanza con la quale chiedeva dichiararsi pienamente esecutiva nel territorio della Repubblica la sentenza emessa dal Tribunale di Rimini il 15 dicembre 1994 per "attribuire alla L. il sesso maschile e ordinare all'Ufficiale di Stato Civile competente di rettificare l'atto di nascita della medesima, nel senso che ove è attribuito il sesso femminile venga indicato quello maschile, con conseguente modifica del prenome da S. a M."

All'istanza è allegata copia autentica della sentenza resa dal Tribunale di Rimini in data 15 dicembre 1994. Con essa definitivamente provvede il Tribunale nel senso sopra ricordato.

E' stata inoltre prodotta prova documentale dell'autenticità della sentenza, della rituale notifica al Pubblico Ministero, del passaggio in giudicato e quindi dell'essere, tale sentenza, esecutiva in conformità delle leggi vigenti nel territorio della Repubblica Italiana.

E' ricompresa nell'istanza dell'avv. Livio Bacciocchi, con la richiesta di esecutorietà in San Marino, quella di autorizzazione all'Ufficiale di Stato Civile a procedere a tutte le opportune e conseguenti rettifiche dei documenti relativi a S.L. "con la conseguente modifica del prenome da S. a M."

Va precisato che la sentenza della cui esecuzione si tratta è stata resa dal Tribunale di Rimini, il 15 dicembre 1994, nella causa civile n. 1070/94, rilasciata in copia conforme e prodotta in questi atti assieme ad attestazione del Cancelliere del Tribunale di Rimini a proposito del passaggio in giudicato.

## DIRITTO

1. La domanda non può, allo stato degli atti, essere accolta.

**Le decisioni in materia civile pronunciate dall'autorità giudiziaria italiana possono avere esecuzione nel territorio della Repubblica di San Marino allorquando ricorrono tutte le condizioni previste dagli artt. 5 e seguenti della Convenzione di amicizia e buon vicinato stipulata tra i due Stati il 31 marzo 1939 e dal successivo accordo aggiuntivo stipulato tra le stesse parti il 28 febbraio 1946.**

**In primo luogo è richiesto che l'autorità giudiziaria italiana possa conoscere della causa secondo le norme sulla competenza giudiziaria internazionale vigenti nel territorio della Repubblica di San Marino.** L'istanza dell'avv. Livio Bacciocchi contiene solo una generica affermazione del ricorrere di questa come delle altre condizioni; mancano motivi o osservazioni. Tuttavia nel caso di specie può riconoscersi che sussiste la competenza dell'autorità giudiziaria italiana in quanto, pur in difetto di certificazione anagrafica, dalla sentenza del Tribunale di Rimini risulta che S.L. – omissis – è residente nel territorio della Repubblica Italiana.

**E' poi chiesto che la decisione sia stata regolarmente notificata ed abbia acquisito forza di giudicato nello Stato nel quale è stata emanata.** La copia è prodotta in forma autentica, con relazione di notifica al Pubblico Ministero, ed è accompagnata dall'attestazione che trattasi di decisione esecutiva alla stregua dell'ordinamento italiano: **e però il concorso delle predette condizioni non risulta da attestazione dell'autorità indicata in maniera specifica dall'art. 7, comma secondo, della Convenzione italo-sammarinese 31 marzo 1939 ossia del Presidente della Corte di Appello nella cui circoscrizione la sentenza è stata emanata. E già questa circostanza impedisce al momento la dichiarazione di esecutorietà.**

**Sempre in forza della suddetta Convenzione e del suo accordo aggiuntivo si richiede che la decisione non sia in contrasto con altra già pronunciata sulla stessa controversia da un Magistrato di questo Stato e che, al momento dell'emanazione della sentenza italiana, non fosse pendente in San Marino un giudizio per la stessa controversia.** Dall'esame degli atti e dei registri esistenti presso la Cancelleria di questo Tribunale Commissariale è risultato che, avanti a questa autorità giudiziaria, non è stata e non è pendente una controversia avente lo stesso oggetto di quella svoltasi avanti all'autorità giudiziaria italiana.

**Occorre infine che la decisione, per la quale è richiesta l'esecutorietà, non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico sammarinese.** Nelle condizioni attuali della procedura è subito a dirsi che il carattere sommario dell'istanza introdotta dall'avv. Livio Bacciocchi non consente di valutare se concorra o meno questa condizione essenziale. (omissis)

Un'altra questione. **L'esecutorietà in San Marino di sentenze civili italiane è dichiarata dal Commissario della Legge con provvedimento "pronunciato senza contraddittorio"; e tuttavia contro il provvedimento "che pronuncia sulla domanda di dichiarazione di esecutorietà è ammesso ricorso al giudice di appello"** (art. 6, commi terzo e quarto, della Convenzione del 1939). Ciò a nostro avviso significa: 1) che il provvedimento del Commissario della Legge può essere impugnato da chi vi abbia interesse tanto se accoglie quanto se respinge la domanda di esecutorietà; 2) che pertanto può avvenire che il contraddittorio, se non di fronte al Commissario della Legge, sia da osservarsi nel giudizio di appello; 3) che in vista del giudizio di appello ogni provvedimento del Commissario della Legge in materia va notificato a quanti possano ritenersi titolari di legittimo interesse al ricorso; 4) che per l'accertamento della non contrarietà all'ordine pubblico ogni provvedimento del Commissario della Legge va notificato ai competenti organi di questo Stato e quanto meno alla Camera della Repubblica in persona dei Sindaci di Governo, all'Avvocatura dello Stato e per essa al suo Dirigente, nonché, nel caso specifico, all'Ufficiale dello Stato Civile e allo stesso Segretario di Stato per gli Affari Interni.

Non sembrano invece applicabili nel caso le procedure previste e disciplinate dalla legge di ordinamento dello stato civile 12 agosto 1946 n. 43 per il cambiamento del nome (artt. 95-98) e per la rettificazione degli atti di stato civile (artt. 99-108): a meno che non si voglia considerare quella disposta dall'autorità giudiziaria italiana come "rettificazione richiesta dall'interesse pubblico", in considerazione dei principi generali di tutela dei diritti e della dignità della persona umana (Dichiarazione 8 luglio 1974, art. 5 in particolare).

2. E' ben noto che **nel procedimento di delibazione di una sentenza emanata dall'autorità giudiziaria straniera non è consentito il riesame del merito di causa**

(Consiglio Grande e Generale, decisione di grado straordinario 1° dicembre 1988, in Giurisprudenza Sammarinese, 1981-1990, p. 65). **E' vero però che, in seguito al riconoscimento di una sentenza straniera, viene a costituirsi nel sistema giuridico interno "un complesso di situazioni giuridiche identiche a quelle che si costituiscono, in virtù di tale sentenza, nel sistema straniero in cui viene pronunciata"** (sentenza di primo grado 12 settembre 1985, in Giurisprudenza Sammarinese, 1981-1990, p. 1076).

Può quindi attribuirsi alla sentenza straniera la natura di fonte materiale indiretta di produzione giuridica, poiché in definitiva si consente che all'interno dell'ordinamento certe situazioni siano di fatto, materialmente, regolate da norme straniere.

Già dalla semplice enunciazione delle cennate questioni risulta l'estrema delicatezza del giudizio di non contrarietà all'ordine pubblico sammarinese rimesso al Commissario della Legge in sede di pronuncia sulla domanda di esecutorietà di sentenza civile italiana. Di ciò vorranno tener conto gli interessati nell'eventuale seguito di questa procedura. Allo stato della pratica, infatti, l'istanza avanzata dall'avv. Livio Bacciocchi nell'interesse di S.L. non può essere accolta. Non vi è luogo a decidere sulle spese.

### 133.

Commissario della Legge (Prof. Piergiorgio Peruzzi), 23 maggio 1995.

Santolini Eugenio (Avv. G.L. Berti) : Giacomoni Aleardo (Avv. L. Mazza); chiamata in causa S.p.a. Assicurazioni Generali (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 68, anno 1991.

#### **Sentenza pronunciata tra altre parti – Irrilevanza – Eccezione.**

*Per il principio generale, la sentenza, passata in giudicato, pronunciata tra altre parti, non reca profitto, né provoca pregiudizio, a coloro che al giudizio non hanno partecipato.*

*Esistono però alcune eccezioni, in particolare nell'ipotesi di connessione di cause, nelle quali la sentenza ha piena efficacia nei confronti dei terzi.*

---

### FATTO

Con atto di citazione, avanzato in data 7 marzo 1991, l'attore ha chiamato in giudizio il convenuto per sentirlo "condannare al risarcimento di tutti i danni morali e materiali risentiti dall'attore nell'evento di cui in premessa, nella entità che sarà ritenuta di ragione, con gli interessi legali dalla data dell'evento e la conseguente rivalutazione, con condanna alle spese e onorari tutti di causa".

Assume l'attore, che in data 22 novembre 1977 in un locale di proprietà del convenuto, sito in Borgo Maggiore e affittato al sig. Giovanni Gatti, è avvenuto uno scoppio per saturazione di gas dell'ambiente stesso e che nello scoppio l'attore, allora dipendente del locatario, ha riportato gravi ustioni, che gli hanno provocato una inabilità totale

temporanea di giorni 180, un danno biologico pari al 18% e una diminuzione della sua capacità lavorativa pari al 9%.

Assume altresì l'attore che tra il locatario e il locatore, oggi convenuto, si è aperta una vicenda giudiziaria - causa civile n. 392 dell'anno 1977 -, onde determinare a chi dovesse attribuirsi la responsabilità dello scoppio, vicenda terminata con sentenza di terza istanza l'8 novembre 1988 dell'Ecc.mo Consiglio dei XII, nella quale, confermandosi la pronuncia di primo grado, è stata riconosciuta la responsabilità del locatore, Ing. Aleardo Giacomoni.

Riprodotta la citazione nell'interesse dell'attore, si è costituito in giudizio il convenuto, che ha soltanto richiesto il termine statuario.

Decorso inutilmente il primo termine di prova, nel secondo termine, nell'interesse dell'attore, è stata avanzata istanza di ammettere agli atti di causa la temporanea allegazione del fascicolo penale n. 2614 dell'anno 1977, relativo allo scoppio avvenuto, nonché il parere del Consulente dell'Ecc.mo Consiglio dei XII nella causa civile n. 392 dell'anno 1977, promossa dall'Ing. Aleardo Giacomoni, oggi convenuto, ma allora attore, contro il suo locatario e la s.p.a. Compagnia di Assicurazioni LLoyd Adriatico. Inoltre sono stati richiesti, sempre dall'attore, consulenza tecnica di ufficio, l'ammissione agli atti di perizia di parte e la testimonianza di un rappresentante sindacale, per determinare il salario del medesimo attore.

La parte convenuta però, affermando di essere assicurata, ha chiamato in causa la s.p.a. Assicurazioni Generali per responsabilità derivante da incendio e scoppio, "al fine di sentire estendere alla stessa la condanna al pagamento di eventuali danni, che potessero essere riconosciuti all'attore per le cause di cui all'atto di citazione".

Costituitasi in giudizio la chiamata in causa all'udienza del 7 novembre 1991, ha subito formalmente eccepito, a mezzo del suo procuratore, di avere corrisposto all'attore "l'intero importo del massimale della polizza in essere con il Giacomoni". Eccepisce successivamente la medesima chiamata in causa, che, avendo "adempito in tal modo ad ogni propria obbligazione al riguardo, nei confronti del Giacomoni,[...] non sussiste alcun suo obbligo nei confronti del Santolini, il quale, per altro, non ha avanzato richiesta". Conclude pertanto chiedendo di essere estromessa dalla causa.

Creato il contraddittorio sulle eccezioni della chiamata in causa, s.p.a. Assicurazioni Generali, il convenuto, Ing. Aleardo Giacomoni, all'udienza del 19 marzo 1992, ha formalmente replicato che la polizza assicurativa ha un massimale di £. 50.000.000= e che l'entità del danno "appare in data odierna superiore [...] al massimale unicamente considerando gli interessi e la svalutazione monetaria sul danno da risarcire". Infine che la medesima chiamata in causa, s.p.a. Assicurazioni Generali, si è limitata a "corrispondere al Santolini l'importo di £.50.000.000=, pari al massimale allora coperto, e non tenendo conto della rivalutazione di tale somma dal 1977, se non altro per gli interessi". Contesta poi alla chiamata in causa la sua opposizione alla istanza di estromissione, perché, solamente quando sarà "valutato il danno da risarcire al 1977, con calcolo successivo di interessi e rivalutazione", la chiamata in causa potrà rilevare se il danno può essere "superiore al massimale coperto, calcolato con gli interessi successivi". Sempre il convenuto ha poi formalmente eccepito che la chiamata in causa è rappresentata in giudizio dallo stesso procuratore dell'attore, "posizioni che risultano quindi potenzialmente in contrasto". Su questo punto successivamente, il 10 dicembre 1992, il procuratore dell'attore ha dedotto "di avere da diversi mesi interpellato il proprio cliente in ordine a diversi tentativi e proposte di accordo che potessero svilupparsi",

proposte che, risultate infruttuose, lo hanno visto “costretto a rassegnare il mandato” ottenuto dall’attore stesso.

Costituitosi il nuovo procuratore dell’attore all’udienza del 14 gennaio 1993, in considerazione del fatto che il secondo termine probatorio non era ancora spirato, per l’intervenuto contraddittorio sulla posizione incompatibilità assunta dal precedente difensore, nell’interesse dell’attore è stata richiesta l’ammissione come testimone del funzionario sindacale, la consulenza tecnica di valutazione del danno alla persona dell’attore, nonché l’ammissione agli atti della perizia di parte.

Dalle suddette prove risulta che in data 22 dicembre 1977, l’attore, mentre predisponendo l’impianto a gas liquido per una automobile, a seguito di una esplosione per una verosimile fuga di gas, è rimasto stordito e ha riportato ustioni a numerose parti del corpo, così descritte: “vaste ustioni di II° e III° grado interessanti la maschera facciale, il fianco destro, la coscia destra e gli arti superiori”.

Risulta inoltre che la ripresa dell’attività lavorativa dell’attore è avvenuta a distanza di circa mesi sei dall’evento lesivo, che tutte le lesioni sono ormai da ritenersi stabilizzate, e che dette “lesioni non determinano limitazione funzionale dei movimenti articolari, residuando unicamente un danno permanente di tipo estetico”. Pertanto è configurabile una invalidità temporanea totale di novanta giorni; una invalidità temporanea parziale di giorni novanta e un danno biologico valutabile nella misura del 18 % della totale invalidità.

Risulta anche che il reddito medio di un operaio specializzato meccanico è di £. 1.950.102= al mese, cui si aggiunge la tredicesima mensilità, l’8,33% calcolato sull’intero importo annuale, quale indennità di licenziamento, e il 23,90%, sempre calcolato sull’intero importo annuale, per i contributi per l’Istituto per la Sicurezza Sociale.

Nel termine di controprova su richiesta del nuovo procuratore dell’attore sono stati allegati temporaneamente gli atti relativi alla causa civile n. 392 dell’anno 1997 tra le parti Sig. Giovanni Gatti e Ing. Aleardo Giacomoni. E’ stato poi sentito come testimone, il liquidatore dei danni, dipendente della chiamata in causa, Assicurazioni Generali s.p.a., che ha dichiarato come all’attore sia stata liquidata “la somma di £.45.000.000= e all’allora suo avvocato e procuratore Avv. Renzo Bonelli la somma di £.5.000.000= per sue competenze e spese relative alla pratica risarcitoria per conto dello stesso sig. Santolini”. Ha poi dichiarato che tali cifre corrispondono al massimale di polizza, sottoscritta dal convenuto e operante al momento dei fatti, e che la richiesta è stata avanzata dall’attore con tredici anni di ritardo. E’ stato anche prodotto l’atto di quietanza dell’attore per la somma ricevuta dalla chiamata in causa, Assicurazioni Generali s.p.a., “in conto suo vantato avere per il descritto danno”.

Aperto il termine ad allegare, sono state depositate le memorie e dopo l’irrotulazione la causa è stata posta *pro servato* e trattenuta per la decisione.

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore della parte attrice, sig. Eugenio Santolini, ha concluso chiedendo: “che il sig. Ing. Giacomoni Aleardo, eventualmente in solido con le Assicurazioni Generali, sia condannato al pagamento in favore del sig. Santolini Eugenio della complessiva somma di £.232.912.772=. Da tale importo andrà dedotto l’importo complessivo di £.50.000.000=, ovvero di £.45.000.000= nel caso che il Commissario non liquidi in favore del Santolini la somma di £.5.000.000= direttamente versata dalle Generali all’Avv. Renzo Bonelli. Il tutto con interessi legali e rivalutazione monetaria da conteggiarsi dalla data del sinistro al 4 novembre 1991, data del

versamento della sopracitata somma da parte delle Generali, accettata dal Santolini non a saldo, ma in conto del suo maggiore avere, e del residuo credito accertato dalla data del 5 novembre 1991 all'effettivo soddisfo", con condanna alle spese ed onorari anche peritali, analiticamente precisati in £.9.120.000=.

Il procuratore della parte convenuta, Ing. Aleardo Giacomoni, ha invece così concluso: "affinché sia definito e liquidato il danno a favore dell'attore Eugenio Santolini in £.45.000.000=, oltre ad interessi legali al tasso legale da calcolarsi dal novembre 1988 alla data dell'avvenuta soddisfazione del debito da parte delle Assicurazioni Generali, respinta ogni richiesta di rivalutazione monetaria e con la compensazione delle spese di giudizio; riconoscere l'obbligo delle Assicurazioni Generali al risarcimento in solido del danno in relazione al contratto assicurativo stipulato".

Il procuratore della parte chiamata in causa, s.p.a. Assicurazioni Generali, ha invece così concluso: "la perizia medico legale ha attribuito al Santolini un danno biologico pari al 18%, che in termini odierni può valutarsi intorno ai 35/36 milioni, e cioè in ragione di due milioni per punto [...]. Aggiungere al descritto importo una congrua quota per il danno morale, tenuto conto che non v'è danno patrimoniale diretto avendo il Santolini percepito dal locale ente mutualistico il rimborso delle retribuzioni perdute, appare congruo l'indennizzo ricevuto dalle Assicurazioni Generali. La particolarità del caso può consentire la compensazione delle spese di causa tra Giacomoni e Assicurazioni Generali, mentre non v'è stato contrasto tra quest'ultima e l'attore".

## DIRITTO

1) Tra le prove ammesse sono in primo luogo da considerare gli atti della causa civile intervenuta tra il convenuto, Ing. Aleardo Giacomoni, il suo locatario, sig. Giovanni Gatti, e la s.p.a. Compagnia di Assicurazioni Lloyd Adriatico. All'interno di questi atti, come documentazione, è allegata la causa penale n. 2614 dell'anno 1977, dove, il 18 febbraio 1981, è stata ordinata l'archiviazione, perché il reato ipotizzato doveva ormai dichiararsi estinto per intervenuta prescrizione, senza pregiudizio dei diritti del Fisco e delle azioni spettanti all'offeso e ad altri danneggiati.

La causa civile ha affrontato i tre gradi di giudizio e si è conclusa con la conferma della sentenza di primo grado, nella quale, per i fatti accaduti, è stata dichiarata la responsabilità dell'Ing. Aleardo Giacomoni. Ma, sulla rilevanza di una tale decisione ai fini di causa, bisognerà comunque stabilire i limiti, perché né l'attore, né la chiamata in causa, risultano allora esserne stati parte.

**Per principio generale**, recepito non solo dal diritto comune, le "res inter alios iudicatae neque emolumentum adferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solent inrogare" (C.7.56.2) - **"le cose giudicate tra gli altri, non sogliono recare profitto a coloro, che nel giudizio non hanno partecipato, né sogliono provocare pregiudizio"**.

**La notissima massima - *sententia inter aliquos lata nec praeiudicat, nec prodest aliis* - é variamente ripetuta**: un elenco dei passi, sui quali si fonda il noto principio, aggiunge alla precedente allegazione almeno gli interi due titoli C.7.40 e C.7.56, nonché D.42.1.63.pr. Ma, sempre per completezza di elenco, non si possono escludere le allegazioni canonistiche Extra 2.22.6 - "cum ipsa sententia lata fuerit inter alios, et res inter alios acta aliis non praeiudicet" - "quando la stessa sentenza é stata pronunciata tra altre parti, e il giudizio si é svolto tra altre parti, non pregiudica gli altri" -, Extra 2.27.17 - "cum res inter alios acta non noceat regulariter aliis iuxta constitutiones canonicas et

civiles” - “secondo le costituzioni canoniche e civili la cosa giudicata tra gli altri, regolarmente non nuoce ad altri” - e infine Extra 2.27.25 - “quamvis regulariter aliis non noceat res inter alios iudicata” - “quando regolarmente la cosa giudicata tra gli altri non possa nuocere ad altri” .

**Esistono però alcune eccezioni, già individuate dalla dottrina**, perché “in variis tamen causis sententia lata inter alios potest aliis nocere aut prodesse. Et signanter in causis connexis [...]. Item in re individua et pluribus communi: tunc enim victoria unius aliis proderit. Item [...] quod sententia contra alterum lata noceat etiam ei, qui cum sibi primum de re propria actio, vel defensio competere, passus fuit litigare sequentem, id est illum, cui secundo loco competeat eiusmodi actio” - **“tuttavia in varie cause la sentenza pronunciata tra altri può nuocere oppure giovare. E chiaramente nelle cause connesse [...]. Ugualmente nella cosa indivisibile e comune a più persone: allora infatti la vittoria di uno giova agli altri. Ugualmente [...] quando la sentenza pronunciata contro l'altro, nuoce anche a colui che con quello per primo compete l'azione o la difesa, sopportò litigare il seguente, cioè quello, al quale in secondo luogo compete una siffatta azione”** (cfr. L. Ferraris, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica*, tom. septimus (S-Z), ed. Venetiis 1777, pp. 98-99, nu. 49-51).

Tale è in generale la disciplina delle eccezioni al principio. Nel caso di specie interessa soltanto l'ipotesi nella quale, nelle due diverse cause, esista una connessione, perché tra la presente decisione e la sentenza nella causa allegata in via istruttoria nell'interesse dell'attore, si deve ravvisare sicuramente un nesso di connessione, sia soggettiva, nella persona del danneggiante, oggi convenuto, sia oggettiva, nell'accertamento sulla responsabilità dello stesso fatto, cioè sull'avvenuto scoppio per saturazione di gas. Una tale connessione avrebbe giustificato l'intervento in quella causa dell'attore, sig. Eugenio Santolini.

Pertanto si deve ritenere che la pronuncia allegata nell'interesse dell'attore nuoce al convenuto e alla chiamata in causa per la parte che riguarda l'accertamento dei fatti e costringe a prendere in considerazione le rispettive responsabilità, così come ormai è stata accertata in quella sede, dato che *transivit in rem iudicatam*. Comunque l'attore stesso, nelle sue conclusioni nulla ha eccepito sul punto, ma ha volutamente limitato le sue eccezioni alla sola definizione dell'ammontare del danno.

2) Rispetto alla stessa pronuncia non molto diversa da quella del convenuto è la posizione processuale assunta dalla chiamata in causa, che, entro i limiti nei quali era obbligata dal contratto di assicurazione, con un comportamento concludente ha già tenuto conto della intervenuta sentenza e ha provveduto a liquidare all'attore il danno, del quale si era assunta il rischio.

L'attore, negli atti di causa, anche se afferma di non voler entrare nel contraddittorio tra il convenuto e la chiamata in causa, ha comunque dato atto di aver ricevuto la somma di £.50.000.000=, riconoscendo l'avvenuto pagamento. D'altra parte se è stato consumato per l'intero il c.d. massimale è un problema che non sembra preoccupare troppo né l'attore, né tanto meno il convenuto e, in definitiva, neppure la chiamata in causa. Nessuno infatti ha depositato in atti il contratto di assicurazione, fornendo sul fatto la benché minima prova: solo l'attore nelle sue deduzioni del 19 marzo 1992 ha ammesso l'esistenza e la consistenza del massimale.

E' perciò rilevante che all'attore sia stata pagata una somma a titolo di risarcimento del danno subito per fatti che tutte le parti considerano definitivamente accertati, e che tali



fatti - lo scoppio, il pagamento - risultino provati, o comunque ammessi da tutte le parti negli atti di causa.

La domanda infatti investe soltanto l'ammontare del danno, il pagamento degli interessi e la rivalutazione.

3) Sull'ammontare del danno le valutazioni espresse dalla consulenza tecnica sono da ritenersi essenziali.

Esiste a carico dell'attore, quale danno alla persona, un "danno biologico valutabile nella misura del 18% della totale" e da questo punto di vista devono essere accolte le conclusioni della chiamata in causa.

**E' ormai concorde criterio applicare nella liquidazione del danno biologico quello che fa ricorso al triplo della pensione sociale, in quanto è stato ritenuto come quello "dotato di maggiore obbiettività"** (Sentenza del Commissario della Legge del 29 marzo 1993 nella causa civile n. 31 dell'anno 1991).

Di conseguenza, riconosciuto che il coefficiente di capitalizzazione relativo all'età dell'attore è del 17,353 - dagli atti risulta avere 34 anni e otto mesi compiuti alla data odierna - deve essere liquidata la somma complessiva di £. 52.527.942=, ( $£.5.605.600 * 3 = 16.816.800 * 17,353 = 291.821.930 : 100 = 2.918.219 * 18 = 52.527.942=$ ).

**Infine per quanto concerne il danno morale, che nell'ordinamento sammarinese è sempre risarcibile, costituito dai patimenti e dalle sofferenze subite in conseguenza dell'illecito, è opportuno precisare che il prezzo del dolore, ma soprattutto la presa di coscienza degli esiti delle lesioni - il danno estetico, come lo indica la perizia -, sono da considerarsi come un altro aspetto della valutazione del danno.** A questo titolo sembra equamente liquidabile un danno morale non inferiore alla misura di £.5.000.000=.

4) Eccepisce la chiamata in causa che il danno patrimoniale nel caso non c'è, "avendo il Santolini percepito dal locale ente mutualistico il rimborso delle retribuzioni perdute".

L'eccezione è fondata e merita accoglimento.

Più in generale bisognerà osservare che in merito ai danni alla persona, **costituiscono componenti del danno risarcibile il rimborso delle spese esclusivamente sostenute e da sostenersi in conseguenza delle lesioni subite al verificarsi del sinistro, nonché il lucro cessante, quando è positivamente dimostrato dall'attore.** Il danneggiato avrebbe dovuto fornire elementi probatori per determinare la somma da corrispondere a titolo di risarcimento per il mancato guadagno.

Nulla è stato provato sulle spese sostenute, che è quindi una domanda che in questa sede non può prendersi in considerazione.

Ma l'eccezione della chiamata in causa Assicurazioni Generali s.p.a., ha ben altro senso, perché investe la possibilità di una liquidazione di tale parte del risarcimento del danno, dato che l'attore, è lavoratore dipendente e deve aver percepito a suo tempo, per l'astensione dal lavoro, l'indennità relativa dall'Istituto per la Sicurezza Sociale.

Stabilisce però l'art. 9 della Legge 31 maggio 1971, n. 21, che l'Istituto per la Sicurezza Sociale ha "diritto di ottenere direttamente dall'assicuratore il rimborso delle spese sostenute e delle somme erogate a qualsiasi titolo a causa del sinistro". E in base a tale norma, il convenuto e la chiamata in causa, sarebbero legittimati a rifiutare il pagamento nei confronti del danneggiato per non essere poi costretti a doverlo ripetere.

Ma l'eccezione ha anche un più ampia valenza, perché l'art. 65 della Legge 11 febbraio 1983, n. 15, e precisamente il terzo comma, stabilisce che **l'Istituto è parte necessaria in giudizio, cui è riconosciuto in via autonoma il diritto di rivalsa privilegiata sulle**

**somme corrisposte come prestazioni economiche effettuate dal medesimo Istituto.** E' proprio in conseguenza del rispetto di una tale normativa, che l'eccezione della parte chiamata in causa trova fondamento e non consente di accogliere qualsiasi istanza in ordine a tale richiesta. Considerato quanto disposto sul fatto che l'Istituto è litisconsorte necessario e che inoltre vanta il diritto di rivalsa privilegiato, la domanda dell'attore, circa l'invalidità temporanea e il danno patrimoniale, non può essere accolta, essendo fondata l'eccezione della chiamata in causa.

Per poter conoscere una tale domanda era almeno necessario che l'Istituto fosse stato chiamato in causa.

5) Richiede infine l'attrice sulla somma liquidata gli interessi e la rivalutazione conseguente a svalutazione monetaria.

Nessun problema si pone per **gli interessi che possono essere riconosciuti sull'intera somma liquidata, ma soltanto dal momento in cui l'attore ha chiesto la somma al convenuto.** Certamente **non è ammissibile che gli interessi siano riconosciuti prima che il convenuto sia stato messo in mora:** l'aver iniziato una causa con tredici anni di ritardo, non rappresenta un problema per il convenuto - come vorrebbe la difesa della chiamata in causa - ma per l'attore, che non può pretendere di richiedere oggi gli interessi su una somma, che non ha richiesto per un così lungo tempo. Se avesse voluto far valere l'immediato pagamento della somma, per il danno subito, avrebbe potuto intervenire volontariamente nella prima causa, dove peraltro, sia detto solo per inciso, compare come testimone!

Tra l'altro dagli atti di causa risulta che una parte della somma dovuta a titolo di risarcimento danni - £ 50.000.000= del massimale assicurativo - erano stati a lui attore versati ancor prima dell'inizio della causa, come ben sa anche il procuratore della chiamata in causa, solidalmente responsabile nel risarcimento del danno. Pertanto gli interessi decorrono soltanto sulla residua somma dall'inizio della presente causa e sono da ritenersi alla legale ragione.

6) Diverso è il problema della rivalutazione, perché su questa operazione incidono i criteri che sono stati seguiti per determinare le relative somme, derivanti a diverso titolo. In generale **tale rivalutazione si accorda solo a titolo di risarcimento del danno, cagionato successivamente al momento della scadenza del debito, per non avere le due parti convenute adempiuto nei termini in cui è stata legittimamente avanzata la richiesta.** Il fatto che la parte convenuta non abbia ancora liquidato definitivamente, ma soprattutto complessivamente, il danno, significa però che il danno doveva essere accertato nella sua esistenza e nella sua misura. In ogni caso l'aver trattenuto le somme, oggi determinate, avrebbe consentito alla parte convenuta e alla chiamata in causa, solidalmente responsabili sul piano civile per il risarcimento del danno, di lucrare sulla somma non corrisposta. Pertanto la rivalutazione avrebbe titolo per essere accordata anche in funzione dell'arricchimento senza causa che ne è derivato alle convenute.

In tale situazione dovrebbe disattendersi il principio nominalistico, in base al quale si è formato il debito e per cui il debitore si libera pagando la somma richiesta, perché il potere di acquisto si è modificato nel tempo, che è intercorso tra il sorgere del debito e quella che deve essere considerata la sua naturale scadenza.

Resta però da precisare che **la domandata rivalutazione monetaria non può essere applicata per le somme riguardanti il danno biologico e il danno morale, proprio in ragione dei criteri adottati per la loro liquidazione.**

Infatti è stato affermato che **“le obbligazioni nascenti da fatto illecito configurano un debito di valore, nel senso che fino al momento della liquidazione, la somma dovuta non è fissa nel suo ammontare numerico, ma variabile in quanto tale somma di denaro non è dovuta come un bene a sé, bensì come valore di un altro bene”** (Sentenza del Commissario della Legge del 29 marzo 1993 nella causa civile n. 31 dell’anno 1991). **E’ con la liquidazione che il debito diventa di valuta e quindi soggetto alle norme proprie del principio nominalistico, cioè nelle obbligazioni ex delicto deve essere reintegrato il patrimonio del danneggiato.**

**Ma per quanto riguarda il danno biologico e morale, all’attore è stato liquidato il danno alla persona, non alla data del realizzarsi dell’iniuria, ma al momento attuale.** Deve infatti considerarsi, che per la liquidazione si è tenuto conto della pensione sociale corrisposta oggi, sia per quanto riguarda il danno biologico, sia per quanto riguarda il danno morale.

**Ne consegue che non può essere accordata alcuna somma a titolo di rivalutazione per quanto viene liquidato a titolo di danno biologico e morale,** come invece accade per le obbligazioni pecuniarie rette dal principio nominalistico.

In definitiva deve essere liquidata la somma di £. 52.527.942= a titolo di danno biologico, e la somma di £.5.000.000= per i danni morali equitativamente liquidati. Complessivamente quindi il danno che deve essere liquidato alla parte attrice ammonta in £.57.527.942=, somma che deve essere solidalmente posta a carico della parte convenuta e della parte chiamata in causa.

Si dovrà soltanto dare atto che la somma di £.50.000.000= è già stata pagata dalla chiamata in causa.

5) In adesione alle richieste del convenuto e della chiamata in causa si ritiene infine che, nel caso in questione, le spese ed onorari del presente giudizio debbano essere compensati tra le parti in causa, in attuazione del § 273 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, laddove dispone “nisi tamen ipse victus legitimam litigandi causam habuerit” - “se però esso vinto non abbia avuto una legittima causa di litigare”.

La norma statutaria è di *ius proprium* e pertanto, nell’ordinamento sammarinese, direttamente applicabile. Ma anche la dottrina del diritto comune conosce il principio per cui “non est tamen victus condemnandus in expensis, quando habuit iustam causam litigandi, in tali enim casu expensae compensetur” - “non si deve tuttavia condannare il soccombente nelle spese, quando ha avuto una giusta causa per litigare, in questo caso infatti siano compensate le spese” (cfr.L. Ferraris, *Prompta bibliotheca canonica*, iuridica, tom. septimus (S-Z), ed. Venetiis 1777, p. 99, nu. 55 e 56). Il rinvio alle fonti è a D.31.78.2 - “nec aliud servabitur in litis sumptibus, si ratio litigandi non fuit: ignaviam etenim praetendentes audiri non oportere” - e a Extra E.14.5.

Più precisamente in dottrina il problema è posto in questi termini: “quando autem quis censeatur habere iustam causam litigandi? relinquitur arbitrio iudicis, qui ex qualitate facti et conditione personarum id debet arbitrari. [...]. Unde si succumbat non est in expensis condemnatus” - “quando si deve ritenere che qualcuno abbia la giusta causa per litigare? si lasci all’arbitrio del giudice, che deve giudicare dalla qualità del fatto e dalla condizione delle persone” (cfr.L. Ferraris, *Prompta bibliotheca canonica*, iuridica, tom. septimus (S-Z), ed. Venetiis 1777, p. 99, nu. 55 e 56).

Concludendo infatti la richiesta dell’attore risulta essere notevolmente superiore a quanto può essergli liquidato e il danno subito risulta tempestivamente pagato per la sua gran

parte, considerando anche quando l'attore per la prima volta ha avanzato la domanda, cioè con la raccomandata del suo difensore - era allora l'Avv. Renzo Bonelli - del 15 febbraio 1990, prodotta in atti.

### 134.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 19 giugno 1995.

Banca Agricola Commerciale di San Marino (Avv. L. Lonfernini) : Banca Nazionale dell'Agricoltura (Avv.ti G.Burgagni e F. Ciacci) – Causa n. 25, anno 1991.

#### **Banca – Servizio d'incasso – Mandato – Diligenza del Mandatario – Responsabilità.**

*Nel servizio d'incasso, il rapporto che si costituisce tra il cliente e la banca incaricata dell'incasso è un mandato ad esigere, che può essere revocato sino a quando non sia stato eseguito.*

*Il mandatario deve, per andare esente da responsabilità, eseguire l'incarico conferitogli con diligenza, attenendosi alle istruzioni del mandante, ovvero, adoperandosi al meglio per realizzare l'interesse del mandante.*

*In caso contrario deve risarcire i danni arrecati al mandante stesso.*

---

### FATTO

Con atto di citazione in data 17 gennaio 1991 la Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, ha convenuto avanti a questo Tribunale la Banca Nazionale dell'Agricoltura, in persona del suo legale rappresentante pro tempore per sentirla "condannare ad effettuare la registrazione di addebito dell'assegno n. 1152398 di L. 10.000.000= tratto sul c/c 887, negoziato dalla Filiale di Bologna della Banca Nazionale dell'Agricoltura, sollevando la banca istante da ogni responsabilità", precisando che "l'assegno citato, in possesso della Banca Agricola Commerciale, filiale di Città di San Marino, con provvedimento del Tribunale Commissariale, fu sottoposto a sequestro conservativo e quindi tolto dalla disponibilità della Banca istante, successivamente sempre a disposizione del Tribunale Commissariale, l'assegno è stato dissequestrato e consegnato a persona diversa dal legale rappresentante della Banca o suo funzionario".

Esponenza l'attrice che l'assegno bancario n. 1152398 di L. 10.000.000=, tratto sul conto corrente n. 887 acceso presso la Banca Agricola Commerciale, era stato negoziato dalla filiale di Bologna della Banca Nazionale dell'Agricoltura, la quale ultima non aveva accolto l'addebito del relativo importo "in quanto ritiene che il comportamento della Banca Agricola Commerciale non è stato corretto in riferimento a vicende processuali alle quali lo stesso assegno è stato coinvolto". Essa attrice, pertanto, respingendo le affermazioni della Banca Nazionale dell'Agricoltura, si vedeva costretta ad intraprendere la presente causa.

All'udienza fissata si costituiva la convenuta a mezzo procuratori, i quali esponevano che il 23 novembre 1987 la Byocliin s.r.l. negoziava in Roma, presso l'Agenzia ai Colli Portuensi della B.N.A. l'assegno bancario n. 1152398 di L. 10.000.000= tratto lo stesso giorno in Roma dal dott. Adalberto Testaguzza sulla Banca Agricola Commerciale di San Marino, all'ordine dell'avv. Francesco Mauro di Roma e da questo girato alla società Byocliin. Lo stesso 23 novembre 1987 la B.N.A. rimetteva l'assegno al Credito Romagnolo di Bologna "perché ne curasse l'incasso. Poiché il titolo non veniva restituito entro i termini d'uso né, comunque, risultava insoluto, la B.N.A. dava alla cliente la disponibilità della valuta considerando l'assegno pagato. Solo il 12 febbraio 1988 il Credito Romagnolo rimetteva alla B.N.A. contabile di addebito di L. 10.000.000= per l'assegno in questione, con la causale "sottoposto a sequestro", inviando anche documenti dai quali risulta che: - il dott. Adalberto Testaguzza aveva chiesto al Tribunale Commissariale di San Marino il sequestro di tre assegni (tra i quali quello di cui è causa) da lui tratti in Roma sulla B.A.C. all'ordine avv. Mauro Vincenzo (*rectius* Francesco); - il Commissario della Legge il 02.12.87 aveva autorizzato il sequestro, ordinando all'istante di depositare entro il termine perentorio di cinque giorni la somma di L. 40.000.000= da assoggettarsi anch'essa a sequestro, con diffida che, in caso di mancato deposito, il sequestro sarebbe stato revocato; contestualmente aveva fissato l'udienza del 21.01.88; - il sequestro degli assegni era stato eseguito il 03.12.87; - il sequestro degli assegni era stato revocato il 21.01.88 per mancato versamento della cauzione nel termine fissato e gli assegni sequestrati erano stati consegnati all'avv. Francesco Mauro". Chiariva inoltre la procura convenuta che "la B.N.A. ravvisava nel comportamento della Banca Agricola Commerciale una colpevole negligenza, che aveva danneggiato il legittimo portatore e causato anche la perdita del titolo, per cui respingeva l'addebito tanto più che la soc. Byocliin, subito avvisata dell'accaduto, rifiutava categoricamente di restituire l'importo dell'assegno. La B.A.C. tentava ripetutamente di riaddebitare la somma alla B.N.A. sostenendo che la perdita del titolo era dovuta unicamente al Tribunale, che ne aveva disposto a sua insaputa". Sulla scorta dell'esposizione dei fatti effettuata, la parte convenuta respingeva l'istanza avversa, ritenendo che: "1. la banca attrice non appena ha ricevuto l'assegno, avrebbe dovuto provvedere al pagamento o, in mancanza di fondi, al protesto. Ha invece trattenuto l'assegno per almeno una settimana consentendo che lo stesso fosse sequestrato il 03.12.87. Non può disconoscersi che in tale comportamento è ravvisabile, quanto meno, grave negligenza, senza la quale non sarebbe accaduto quanto invece è accaduto. 2. In ogni caso, nell'esecuzione del sequestro, la banca avrebbe avuto il dovere di fare risultare che l'assegno le era pervenuto per l'incasso da parte della B.N.A. che dal titolo, risultava legittima portatrice. Altro suo dovere era di avvisare immediatamente la B.N.A. dell'avvenuto sequestro e di trasmettere contestualmente il provvedimento ed il verbale. Tale comportamento, che viene abitualmente osservato dalle banche di tutto il mondo, avrebbe posto la B.N.A. nella condizione di potere tempestivamente tutelare i suoi interessi ed anche quelli della cliente. Senza dire che, facendo risultare dal verbale di sequestro il nominativo del proprietario dell'assegno, con tutta probabilità si sarebbe evitato l'errore del Tribunale di consegnare l'assegno ad uno dei debitori solidali anziché al creditore. 3. Ma vi è di più. Dal provvedimento di sequestro risulta che il magistrato aveva correttamente tutelato il legittimo portatore dell'assegno, imponendo il deposito di adeguata cauzione entro breve e perentorio termine. La Banca trattaria, non avendo immediatamente avvisato la B.N.A., avrebbe dovuto almeno accertarsi che la cauzione

fosse stata versata nel termine fissato: e, in caso positivo, poteva ritenere tutelato il diritto del portatore del titolo che andava, comunque avvisato tempestivamente; in caso negativo, poteva essa stessa, quale ultima detentrica dell'assegno, chiedere la revoca immediata del sequestro, e procedere al pagamento o al protesto". Lamentava che "la B.N.A., se dovesse rimborsare l'importo dell'assegno, subirebbe un danno che trova la sua causa nella mancata tempestiva notizia del sequestro, notizia che le avrebbe consentito di non pagare l'importo dell'assegno alla cliente, la quale, a sua volta, avrebbe potuto tutelarsi facendo valere le sue ragioni innanzi al tribunale della Repubblica di San Marino. Sempre nell'ipotesi che si ritenga fondata la domanda attrice l'errore del Tribunale nel restituire l'assegno a persona non legittimata [...] potrebbe essere considerato ulteriore e autonoma causa di danno per la B.N.A. soltanto se si dimostrasse che la precedente negligenza della Banca Agricola Commerciale non era da sola produttiva di alcun danno. E' invece chiaro, che il semplice fatto di ignorare l'esistenza del sequestro ha fatto sì che la B.N.A. ritenesse di dover dare alla cliente la disponibilità del denaro: l'uscita del denaro dalle sue casse sarebbe automaticamente dannosa se la B.N.A. dovesse oggi riaccreditare l'importo all'attrice".

Sulla scorta di tali argomentazioni, la parte convenuta avanzava azione riconvenzionale verso l'attrice Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, in persona del suo legale rappresentante, affinché: "in via principale, sia respinta la sua domanda di addebito alla B.N.A. dell'assegno di L. 10.000.000=, con condanna delle spese alla rifusione delle spese di giudizio; in via subordinata la B.A.C. sia condannata a risarcire alla B.N.A. per i danni conseguenti al suo negligente e colpevole comportamento, da liquidarsi da S.S. Ill.ma in corso di causa, ma da ritenersi comunque non inferiori alla somma che la Banca Nazionale dell'Agricoltura fosse tenuta a corrispondere per il pagamento dell'assegno alla B.A.C., nel qual caso dichiarando almeno la compensazione del credito e debito della Banca Agricola Commerciale". Effettuava, inoltre, la chiamata in causa in garanzia "della Byocliin s.r.l., salva eventuale azione a sé stante, per l'ipotesi di rigetto della richiesta principale e della prima subordinata", chiedendo "condannare la Byocliin di Roma a garantire e tenere indenne la Banca Nazionale dell'Agricoltura, e quindi condannarla a restituire tutte le somme che la B.N.A. fosse condannata a pagare alla Banca Agricola Commerciale per sorte, interessi, spese ed altri accessori. In ogni caso, con vittoria di spese".

Con decreto in data 18 marzo 1991 veniva autorizzata sia l'azione riconvenzionale che la chiamata in causa della s.r.l. Byocliin.

Nonostante diversi tentativi, non si riusciva, peraltro, a notificare l'atto di chiamata in causa alla Byocliin, perché la stessa non veniva reperita agli indirizzi indicati, né poteva essere notificato l'atto presso il suo legale rappresentante perché sconosciuto all'indirizzo indicato.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi documenti, ammesso quale teste il rag. Cevoli Agostino, già Direttore Generale della banca attrice, escusso all'udienza dell'11 febbraio 1994, nonché disposta l'allegazione del fascicolo relativo alla causa civile n. 265 dell'anno 1987, promossa da Testaguzza Adalberto contro Mauro Francesco.

Aperto il termine ad allegare, entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All'udienza del 2 febbraio 1995 si addiveniva alla irrotulazione, dopo di che il fascicolo era posto in *pro servato*.

La procura attrice ha concluso chiedendo “l'accoglimento della domanda della parte attrice con la condanna della convenuta al riaddebito dell'assegno n. 1152398 di L. 10.000.000= tratto sul c/c n. 887”.

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo “respingersi l'addebito alla B.N.A. della somma di L. 10.000.000= con la condanna delle spese e degli onorari del presente giudizio; in subordine si chiede che la BAC venga condannata a risarcire alla BNA i danni conseguenti al suo negligente e colpevole comportamento, da liquidarsi in misura non inferiore alla somma che la BNA fosse tenuta a corrispondere per il pagamento dell'assegno alla BAC. In quest'ultimo caso dichiarando almeno la compensazione tra debito e credito della Banca Agricola Commerciale. Il tutto con vittoria della BNA di spese, onorari del presente giudizio come di seguito specificati. [...] L. 3.610.000=”.

### DIRITTO

1. Con il presente giudizio, dunque, la Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino richiede la condanna della Banca Nazionale dell'Agricoltura ad addebitare l'assegno n. 1152398 tratto sul conto corrente n. 887 acceso presso l'attrice medesima dell'importo di L. 10.000.000=, presentato all'incasso presso la B.N.A., dalla quale è stato inviato per il pagamento alla B.A.C.

A tale domanda si oppone la convenuta Banca Nazionale dell'Agricoltura, la quale ritiene debba essere imputato alla negligenza della attrice il non avvenuto pagamento. Assume infatti la convenuta, la quale a sua volta avanza domanda riconvenzionale verso l'attrice, di avere provveduto a dare la disponibilità della valuta alla cliente che aveva presentato all'incasso il titolo, poiché non avvisata tempestivamente dalla B.A.C. dell'intervenuto provvedimento di sequestro dell'assegno *de quo* e della successiva restituzione del medesimo a soggetto diverso dalla banca.

Prima di passare all'esame del merito, occorre, tuttavia, svolgere alcune osservazioni in via preliminare sulla ammissibilità e tempestività della domanda riconvenzionale avanzata dalla convenuta.

**Intanto si osserva che tra l'azione principale e quella riconvenzionale esiste un rapporto di connessione qualificato, tale da giustificare la decisione congiunta e contestuale delle stesse. Esiste infatti connessione soggettiva, in quanto i soggetti sono gli stessi, nonché oggettiva, essendo identico il titolo, ossia la *causa petendi*, vale a dire il diritto sostanziale affermato, in forza del quale viene richiesto il *petitum*, individuabile nel fatto costitutivo del diritto, in correlazione col fatto lesivo di quel diritto.**

In particolare, nella specie, si realizzano i presupposti della **connessione oggettiva per riconvenzione**, che si ha quanto il convenuto oppone alla domanda dell'attore una controdomanda, invocando un provvedimento positivo sfavorevole nei confronti dell'attore. La relazione naturale tra domanda e controdomanda è manifesta quando le stesse dipendono dallo stesso titolo, donde quanto meno l'opportunità di una pronuncia congiunta sulle stesse.

Deve, poi, essere rilevato che la domanda riconvenzionale è stata ritualmente avanzata.

La giurisprudenza sammarinese ha stabilito che **la domanda riconvenzionale può essere avanzata nel corso della causa, anche senza citazione solenne, purché a tempo debito e cioè in modo da far salvo il contraddittorio** (cfr. Sentenza del Commissario della Legge in data 18 agosto 1937, in *Giur. Samm.*, 1963, fasc. 1, p. 61),

ed altresì, che “la convenzione e la riconvenzione *simul decidendae sint*. In via di eccezione [...] se la domanda principale è in istato di essere decisa e quella riconvenzionale è invece *multis ambagibus innodata* si debba spedire la prima e ritardare la seconda” (Sentenza del Commissario della Legge in data 27 maggio 1936, in *Giur. Samm.*, 1935-36, p. 114 ss.). Tale ultimo assunto dagli autori del diritto comune è posto in correlazione al momento della presentazione della domanda riconvenzionale, per affermare che se questa è avanzata al momento della costituzione in giudizio, deve essere decisa insieme alla domanda principale (“sebbene sia più sano partito pel reo il fare la riconvenzione subito al primo entrar della lite, affinché entrambe le liti procedano di pari passo [...] talvolta nulla osta ch’essa venga fatta dappoi in qualsivoglia stato del processo: bene inteso però che in questo caso non va altrimenti decisa colla sentenza medesima anche la lite di riconvenzione”: J. VOET, *Commento alle Pandette*, ed. riveduta e corretta da L. Fortis, Lib. V, Tit. I, n. 80, Venezia, 1847, p. 754).

Nel caso di specie, come detto, la banca convenuta ha tempestivamente proposto la domanda in riconvenzione all’atto della sua costituzione in giudizio, sì che l’istruttoria della principale e della riconvenzionale è proceduta di pari passo, per cui le due domande devono essere decise con un’unica sentenza.

2. Sempre in via preliminare, devono essere svolte alcune osservazioni in ordine alla chiamata in causa della società a responsabilità limitata Byocliin, che, sebbene autorizzata, non ha avuto esito in conseguenza dell’impossibilità di effettuare alla stessa la notificazione dell’atto di citazione in giudizio.

**La giurisprudenza sammarinese ha posto il principio che l’intervento in causa di un terzo è possibile fino a che non sia aperto il termine ad allegare, in quanto, da questo momento, essendo conclusa l’istruttoria, non risulta più possibile il contraddittorio fra le parti** (sentenza del Commissario della Legge in data 9 febbraio 1923, *Giur. Samm.*, 1923, p. 12); che **“colui che è chiamato ad intervenire in causa diventa parte nella stessa e contro di esso ognuna delle parti che già si trovano in giudizio può formulare domande o richieste di condanna”** (Sentenza del Commissario della Legge in data 15 luglio 1925, *Giur. Samm.*, 1925, p. 20), e che **“la istanza di intervento coatto del terzo in giudizio importa soltanto la comunione di diritti e di obbligazioni e della conseguente difesa tra chi chiama e chi è chiamato ad intervenire”** (Sentenza del Commissario della Legge in data 23 marzo 1926, *Giur. Samm.*, 1926, p. 17).

**In definitiva il terzo con la chiamata in causa, diviene parte processuale, con la conseguenza della formazione del giudicato nei suoi confronti. Il presupposto specifico dell’intervento coatto è la comunanza di controversia. Tale comunanza è da intendersi come identità di causa o come connessione. L’identità si ha nei casi in cui il terzo è titolare di un rapporto giuridico avente, con quello dedotto in lite, comune l’oggetto e la *causa petendi*, ipotesi che - come noto - dà luogo al litisconsorzio necessario. La connessione si verifica, invece, quando siano comuni l’oggetto e la *causa petendi*, di modo che il terzo chiamato assume la stessa posizione processuale di colui che lo ha chiamato.**

Nella presente fattispecie trattasi di una chiamata in garanzia, che costituisce una azione con la quale la parte fa valere il suo diritto sostanziale ad essere garantita da un terzo, ossia risarcita delle conseguenze della sua eventuale soccombenza.

Si rileva, peraltro, che la situazione che si verifica nella presente fattispecie è quella di una **chiamata in garanzia c.d. impropria, il cui elemento caratteristico è che il**



**chiamato non ha né può avere la benché minima legittimazione a contraddire, direttamente e personalmente, l'azione portata contro il chiamante.** Si determina, in altre parole, un caso di interferenza e collegamento tra rapporti giuridici, con possibilità di ripercussioni a catena di conseguenze dall'uno all'altro; ma non vi è né un garantire né una obbligazione di garantire. Nei confronti dell'attore esiste solo, in virtù del rapporto sostanziale, la sua controparte contrattuale diretta, e non già il terzo, derivandone che il terzo non assume la qualità di parte processuale nel giudizio principale. In sostanza, con tale chiamata in causa si originano due azioni distinte, che possono essere trattate nello stesso processo, ovvero in giudizi separati.

3. Passando ora all'esame del merito si osserva che la questione coinvolge la materia dei rapporti interbancari. Si tratta, infatti, di verificare se la banca trattaria, che non comunica tempestivamente alla banca presso la quale è stato posto all'incasso l'assegno da un proprio cliente, eventi impeditivi del pagamento possa considerarsi negligente e, quindi, possa essere ritenuta responsabile dell'avvenuto pagamento dell'assegno al cliente.

Nella specie, si osserva che la Banca Nazionale dell'Agricoltura ha curato, quale mandataria della cliente Byocliin s.r.l., e dunque in nome proprio e per conto della cliente medesima, l'incasso dell'assegno di cui è causa, tratto su una banca diversa.

*E' noto che il servizio di incasso di effetti, assegni e documenti, costituisce un importante servizio prestato dalle banche, il quale permette la sistemazione dal lato monetario delle contrattazioni su merci, con l'esazione su piazza o fuori piazza dell'importo dei titoli o dei documenti.*

*In sostanza si crea un rapporto tra la banca ed il cliente, avente ad oggetto l'incasso o l'accettazione di rimesse semplici (tratte, assegni, pagherò, ricevute ed altri documenti analoghi), al fine di ottenere il pagamento di una somma, ovvero di rimesse documentarie, dirette ad ottenere la consegna di titoli contro pagamento, accettazione o altra lettera d'impegno.*

*Quando il pagamento deve avvenire presso una banca diversa ovvero in un luogo diverso, la banca incaricata si serve di corrispondenti in loco, vale a dire, di altre banche con le quali è in essere una convenzione di corrispondenza, in virtù della quale due banche si scambiano servizi, comprendenti, tra l'altro, l'incasso di effetti e documenti che esse pattuiscono di rimettersi reciprocamente, quando siano pagabili su piazze servite da una sola di esse o da banca corrispondente di una sola di esse. La definizione dei rapporti avviene sulla base di reciproche rimesse e compensazioni di partite omogenee, e dunque il contratto di conto corrente costituisce il meccanismo attraverso il quale si regolano i rapporti corrispettivi, i quali nascono da un mandato che le banche si conferiscono reciprocamente avente ad oggetto, appunto, i pagamenti, giroconti, bonifici, incassi, negoziazioni di assegni (cfr. G. COTTINO, Diritto commerciale, tomo 2°, Padova, 1978, p. 125).*

*Per quanto concerne il servizio incassi, occorre osservare che il rapporto che si costituisce fra il cliente e la banca incaricata dell'incasso è un mandato ad esigere, che può essere sempre revocato sino a quando non sia stato eseguito. La banca ha l'obbligo di eseguire l'incarico ricevuto con la diligenza del buon banchiere. Quando l'incarico debba essere eseguito in luogo ove la banca incaricata non ha una propria filiale, questa può servirsi di un proprio corrispondente. Tra il cliente e la banca corrispondente non viene a costituirsi alcun rapporto, operando quest'ultima in nome e per conto della banca cedente, né il cliente può interferire in alcun modo nel rapporto*

*tra banca incaricata e banca corrispondente (così G. MOLLE, I contratti bancari, in Trattato di diritto civile e commerciale fondato da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, IV ed., Milano, 1981, p. 834 ss.).*

*Gli effetti e gli assegni vengono trasmessi con girata per l'incasso, la quale legittima il debitore a tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore, e pone fine alla circolazione del titolo di credito.*

*Al riguardo si osserva che l'art. 19 della legge 23 gennaio 1882 - il Codice Cambiario - stabilisce che "la clausola "per procura, per mandato, per incasso" o simile non trasferisce la proprietà della cambiale, ma autorizza il giratario ad esigerla, a protestarla, a stare in giudizio, ed anche a girarla per procura". Tale disciplina si applica, ovviamente, anche all'assegno, relativamente al quale, sebbene non soggetto ad alcuna disciplina nello ius proprium, la giurisprudenza sammarinese ha posto il principio che "l'assegno bancario è da equipararsi ad una cambiale a vista tratta su un banchiere, per cui è applicabile, per quanto possibile, la disciplina cambiaria (pur tenendo presente la diversa funzione economica dei due titoli: strumento di credito la cambiale, strumento di pagamento l'assegno, destinato ad agevolare la esecuzione del pagamento). Di conseguenza deve affermarsi: a) che l'assegno bancario è valido titolo per la prova dell'obbligazione a carico di chi l'ha rilasciato; b) che, tratto a vista, deve essere pagato immediatamente senza che possano essere accordate dilazioni di uso o di favore" (sentenza del Commissario della Legge in data 8 ottobre 1964, in Giur. Samm., 1964-69, p. 249. Nello stesso senso cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 11 dicembre 1950, in Giur. Samm., 1963, fasc. 2, p. 247).*

*Di conseguenza, si può affermare che, anche per l'assegno, le girate che comportano un mandato fanno sì che il girante rimanga titolare del credito cambiario; il giratario diviene un semplice mandatario, che non può far valere i diritti cambiari in proprio, ma ha solo il potere di esercitare i diritti cartolari in nome e per conto del girante-rappresentato. Da questa particolare posizione del giratario per incasso discende la conseguenza che egli può esigere il credito portato dal titolo ed elevare il protesto in caso di mancato pagamento, ma non anche esercitare l'azione cambiaria diretta e quella di regresso. I rapporti tra girante e giratario per l'incasso sono parimenti sottoposti alla disciplina del mandato, onde la banca deve fare tutto quanto è in suo potere per la realizzazione dell'interesse del mandatario, applicando la relativa diligenza, talché, ove, ad esempio, ometta di levare il protesto, potrà essere chiamata a rispondere dei relativi danni nei confronti del cliente girante.*

*Nella specie, si osserva che l'assegno di cui è causa, tratto sulla Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino, è stato presentato all'incasso dalla s.r.l. Byocliin presso una filiale della Banca Nazionale dell'Agricoltura, la quale, per l'esecuzione dell'incarico conferitole dalla sua cliente, tramite un corrispondente, ha presentato il titolo alla banca trattaria.*

*La Banca trattaria - ora attrice nel presente giudizio - dopo avere constatato l'inesistenza della provvista (testimonianza del Direttore Generale signor Cevoli Agostino in data 11 febbraio 1994: "l'assegno all'arrivo in banca non presentava adeguata copertura nella provvista per cui la banca non lo addebitò e mi sembra di ricordare che fu consegnato al notaio per il protesto"), non ha provveduto ad inviare l'assegno al notaio per il protesto, e presso la stessa, decorsi i termini per la trasmissione al notaio, ha avuto luogo il sequestro del titolo disposto dall'Autorità Giudiziaria su richiesta del titolare del conto. Si osserva, al riguardo, che l'art. 1 della legge 24 novembre 1970 n. 47 stabilisce:*

“L’assegno bancario emesso senza la provvista corrispondente deve essere immediatamente consegnato dall’Istituto di Credito al notaio il quale, entro 48 ore dal ricevimento, dovrà elevare protesto, trasmettendo il relativo verbale e l’originale dell’assegno al Tribunale Commissariale per la conseguente azione penale”. Nella specie l’assegno “è arrivato in banca tra il 25 e il 29 novembre 1987. Il signor Testaguzza ha presentato istanza di sequestro del titolo il 1/12/87” (testimonianza del Direttore Generale signor Cevoli Agostino).

Risulta altresì dagli atti che la Banca trattaria non ha sollevato eccezioni in ordine al sequestro, né ha dato tempestiva comunicazione del provvedimento alla banca convenuta incaricata dell’incasso. In definitiva, occorre verificare se tale comportamento della banca trattaria sia stato conforme alla diligenza del buon mandatario, avendo fatto tutto il possibile per la realizzazione dell’interesse della banca incaricata dell’incasso mandante.

4. Al fine di risolvere la questione posta è d’uopo verificare la disciplina del contratto di mandato vigente nel nostro ordinamento.

*La nozione attuale di mandato è il risultato di una lenta evoluzione, favorita nel periodo medievale dallo sviluppo dei traffici commerciali.*

*E' a tutti noto, infatti, che per il diritto romano il mandato è un contratto consensuale, in forza del quale una delle parti si obbliga a fare gratuitamente qualcosa di cui l'altra parte le dà l'incarico. Frequentemente l'attività a cui il mandatario si obbliga ha carattere giuridico (ad esempio, la conclusione di contratti di compravendita), ma può anche non averlo, e così vi sono dei casi in cui solo la gratuità distingue il mandato dalla locazione. L'aspetto peculiare del mandato romano è, appunto, la gratuità, di modo che qualunque mercede promessa al mandatario per eseguire l'incarico avrebbe convertito il negozio in una locatio conductio oppure in un contratto innominato (si veda D. 19, 5, 13: “Si tibi vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem: sed in factum, quasi alio negotio gesto: quia et mandata gratuita esse debent [...]”).*

*Nel medioevo - come già detto - l'esercizio della mercatura condusse al superamento del principio della essenziale gratuità del mandato, onde tale schema contrattuale poté essere utilizzato in ogni caso in cui taluno, su espresso incarico dell'altra parte, compisse una attività gestoria nell'interesse e per conto altrui.*

*Le obbligazioni che, secondo il diritto comune, nascono dal mandato a carico del mandatario sono essenzialmente quelle di portare ad esecuzione l'incarico conferito e quella del rendiconto.*

*Il mandatario doveva osservare la forma mandati, vale a dire “il tenore stesso della convenzione, quale la volontà del mandante aveale formulata, con tutte le sue circostanze di tempo e di prezzo, senza aggiungervi o togliervi nulla, conformandosi in tutto, eziandio coi mezzi indicati e colle qualità estrinseche fissate nel contratto” (SCHUPFER, Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento, Torino, 1921, vol. III, p. 11), onde il mandatario che non vi avesse adempiuto sarebbe andato incontro a responsabilità ed il mandante avrebbe potuto non ratificarne l'opera. Nell'esecuzione dell'incarico il mandatario doveva usare, secondo la communis opinio doctorum, la diligenza del padre di famiglia diligentissimo. Si argomentava, in proposito da C. 4, 35, 13, il quale statuisce: “A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum prestandum esse, iuris auctoritate manifeste declaratur”, nonché da C.4 25,21, a termini del quale “In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est: nam suae*

*quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur: nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est*". Ne consegue che il mandatario risponde, non solo per dolo o colpa grave, ma anche per colpa lieve, allorché l'incarico non sia eseguito regolarmente: l'azione di mandato tende "a costringere il mandatario a rifare il danno inferito con dolo o con colpa qualunque, eziandio levissima; pel motivo che gli affari altrui debbono essere condotti con esattezza, né si può non accagionare di colpa chi nello amministrarli abbia comunque peccato di negligenza o di omissione. [...] Laonde, richiedendo la natura del mandato la più esatta diligenza nel mandatario, e però essendosi il mandatario, colla semplice assunzione del mandato, obbligato a prestare tal diligenza, non adempie egli la data fede né adopera di buona fede, se commette la minima negligenza" (J. VOET, *Commento alle Pandette*, ed. con la volgarizzazione del dott. Leone Fortis, Venezia, 1855, Lib. XVII, tit. I, n. IX, p. 751).

Si tratta, ovviamente, di una obbligazione che oggi definiremmo di "mezzi" e non di "risultato". In altre parole, il mandatario deve, per andare esente da responsabilità, eseguire l'incarico conferitogli con diligenza, attenendosi alle istruzioni del mandante, ove vi siano, ovvero adoperandosi al meglio per la realizzazione dell'interesse del mandante. Non risponde, invece, quando si sia comportato diligentemente, del mancato conseguimento del risultato che il mandante si riprometteva di realizzare con il contratto di mandato.

Ed in effetti, con l'azione di mandato "domandasi che il mandatario eseguisca il mandato giusta il modo prescritto, od altrimenti sia tenuto al risarcimento del danno: e ciò tanto nel caso che non abbia in modo alcuno adempiuto al mandato da sé o per mezzo di un altro egualmente idoneo, cui poteva eleggere; quanto se abbia ecceduto i termini del mandato, sicché ne vada dell'interesse del mandante" (J. VOET, *Commento alle Pandette*, op. cit., Lib. XVII, tit. I, n. IX, p. 750).

Il mandatario deve svolgere la sua attività nell'interesse del mandante usando la diligenza del padre di famiglia diligentissimo, dovendo, in caso contrario risarcire i danni arrecati al mandante stesso.

Si tratta infatti di un rapporto contrattuale in cui la responsabilità è misurata sulla base dello sforzo che il debitore (mandatario) è tenuto ad esplicare, tenuto conto della natura della prestazione e delle circostanze in cui questa sia stata o avrebbe dovuto essere eseguita. Il rapporto obbligatorio postula inderogabilmente anche una obbligazione di comportamento a carico del debitore per la soddisfazione dell'interesse del creditore; la diligenza impone l'adozione di uno sforzo debitorio adatto non solo all'esecuzione della prestazione, ma anche, e prima di tutto, a far sì che tale prestazione venga eseguita. Ciò costituisce un corollario della natura fiduciaria del rapporto, onde potrà sussistere colpa del mandatario ogni qualvolta, pur avendo provveduto ad assolvere all'incarico, non abbia poi diligentemente atteso all'esecuzione del medesimo.

Strumentali per l'esecuzione della prestazione a carico del mandatario dedotta nel contratto sono le obbligazioni nascenti a carico del mandante, il quale deve somministrare al mandatario tutti i mezzi necessari e tenerlo indenne delle spese: "l'azione contraria di mandato compete al mandatario [...] l'oggetto di questa azione è che, infino a tanto che dura il mandato, il mandante somministri ciò che è necessario e, cessato che sia, approvi o collaudi l'operato, e rimborsi le spese necessarie ed utili insieme cogli'interessi (quando pure non fosse occorsa mora nel rimborso) [...] Del resto

*oltre che alle spese, il mandatario ha eziandio diritto di pretendere d'essere liberato da quelle obbligazioni che avesse per avventura incontrate conseguentemente al mandato; od almeno, di trasferirle nel mandante. Ha pur diritto di pretendere il risarcimento dei danni che sofferti avesse rispetto alla cosa propria per occasione del mandato; sempreché il danno sia avvenuto non per caso fortuito ma per colpa del mandante” (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. XVII, tit. I, nn. 10, 13).*

Sulla scorta dei principi richiamati è agevole affermare che la Banca Agricola Commerciale non ha correttamente adempiuto agli obblighi che alla stessa incombevano. Sono stati violati, infatti, quei primari doveri di informazione relativi ad eventi impeditivi della corretta esecuzione dell'incarico.

Prescindendo dall'indagine circa la tempestività del protesto, occorre infatti evidenziare che quando l'assegno non sia stato pagato è obbligo della banca fare elevare il protesto, al fine di conservare integre le ragioni del cliente verso gli eventuali obbligati di regresso, ovvero, se tali obbligati manchino, la banca è tenuta alla restituzione del titolo, o di fotocopia dello stesso ove l'originale sia sottoposto a sequestro, essendo tale incumbente sufficiente a ritenere conseguita la reintegrazione del rimettente nelle proprie ragioni (così G. MOLLE, op. cit., p. 839 s.).

E' evidente che la Banca Agricola Commerciale avrebbe dovuto tempestivamente informare la Banca Nazionale dell'Agricoltura, girataria per l'incasso dell'assegno *de quo*, dell'avvenuto sequestro dello stesso, inviando altresì fotocopia del titolo, in modo da consentire alla mandataria del cliente di non rendere disponibile la valuta pari all'importo dell'assegno accreditato sul conto del cliente “salvo buon fine”, e soprattutto, in modo da porla in condizione di esercitare i diritti che le competevano in relazione al titolo sequestrato.

Il comportamento successivo dell'Autorità Giudiziaria che, dopo aver revocato il sequestro, ha provveduto alla consegna dell'assegno al primo prenditore, sebbene connotato quanto meno da leggerezza, non è tale da esonerare la banca trattaria dalla responsabilità che sulla stessa grava per non aver diligentemente informato la banca convenuta del provvedimento di sequestro.

A tal proposito si osserva - sebbene *incidenter tantum* - che gli artt. 11 e 12 del Regolamento Uniforme sul servizio incassi sopravvenuto nel 1956 a cura della Camera di Commercio internazionale stabilisce che la banca cessionaria è tenuta ad inviare alla banca cedente avviso sia di accettazione o di pagamento, che di mancata accettazione o di mancato pagamento col mezzo postale più celere se il cedente non richieda a sue spese un mezzo di comunicazione ancora più rapido.

5. Dalle osservazioni che precedono si trae la conseguenza che la Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino è tenuta al risarcimento del danno sofferto dalla Banca Nazionale dell'Agricoltura in conseguenza del negligente comportamento tenuto dalla prima nell'esecuzione dell'incarico affidatole.

Tali danni consistono nell'importo dell'assegno, pari a L. 10.000.000= che la Banca convenuta ha provveduto a pagare alla cliente in assenza di informazioni da parte della Banca Agricola Commerciale sull'esito del titolo.

La Banca convenuta, infatti, ha subito una diminuzione patrimoniale di pari importo, in relazione alla quale non può nemmeno chiamare la cliente Byocliin s.r.l. a tenerla indenne. E' noto, infatti, che agendo la BNA quale mandataria della cliente, essa dovrebbe essere in grado di restituire alla cliente medesima l'originale del titolo non pagato, ovvero copia fotostatica dello stesso unitamente al provvedimento di sequestro,

o, comunque, il decreto di ammortamento dell'assegno, onde consentire alla cliente, una volta ripetuta la somma pagata, di far valere le sue ragioni verso gli altri obbligati. Nella specie, ciò non le viene reso possibile in conseguenza del comportamento della banca attrice.

Ne consegue che la domanda attrice di condanna della convenuta deve essere respinta, compensandosi con l'ammontare del danno subito dalla convenuta.

6. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che si liquidano in complessive L. 3.610.000=, vanno posti a carico della parte attrice, perché soccombente.

**Va rilevato, infatti, che nell'ordinamento sammarinese la condanna del soccombente alla rifusione delle spese alla parte vittoriosa trova il fondamento normativo nello *ius proprium*, ed in particolare nel § 272, Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Rei Publicae Sancti Marini*. Il principio basilare in argomento è che ciascuna parte deve provvedere alle spese degli atti che compie, di quelli che richiede e di quelli necessari al processo, ivi compresi gli onorari del difensore: "sotto la denominazione di spese di lite si contengono le promeranze degli avvocati e dei procuratori, le sportule dei giudici, dei fanti e di altri subordinati al giudice; le spese occorse per la produzione de' testimoni" (Cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Libro XLII, tit. I, n. 26). Quella che tra le parti in causa, tuttavia, risulterà vittoriosa, ha il diritto di ottenere il rimborso dalla parte soccombente delle spese che ha sostenuto, e ciò a prescindere dalla attribuzione di responsabilità alcuna al soccombente, la quale - se sussistente - costituisce invece il presupposto della condanna per lite temeraria.**

Il regolamento delle spese giudiziali è, dunque, una conseguenza legale della decisione della lite. La parte soccombente, pertanto, va identificata, alla stregua del principio di causalità, in quella che, lasciando insoddisfatta una pretesa riconosciuta fondata, abbia dato causa alla lite, ovvero con quella che abbia tenuto nel processo un comportamento poi rivelatosi ingiustificato. Nella specie, la parte attrice ha effettivamente lasciato insoddisfatta una pretesa della parte convenuta e attrice in riconvenzione riconosciuta fondata nel presente giudizio.

### 135.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 24 luglio 1995.

Chiari Daniele e Celi Rosa anche per i minori figli F. e F. (Avv. L. Della Balda) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avvocatura dello Stato) – Causa n. 184, anno 1993.

#### **Domicilio – Dimora effettiva.**

*Per il diritto romano comune il domicilium consta di due elementi: a) la permanenza abituale in un determinato luogo, che costituisce la sede principale delle consuetudini di vita della persona; b) la volontà della persona medesima di conservare in quel luogo quelle consuetudini di vita.*

*La residenza effettiva, che, in definitiva, è uno degli elementi del domicilio, è una situazione di fatto, che si concretizza nel dimorare stabilmente ed abitualmente in un determinato luogo assieme alla famiglia.*

---

## FATTO

Con atto di citazione in data 27 marzo 1993 i signori Chiari Daniele e Celi Rosa unitamente ai figli Chiari Francesco e Chiari Federico hanno convenuto avanti a questo Tribunale la Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino in persona dei Sindaci di Governo pro tempore, per sentirla “dichiarare, sulla base delle prove che risulteranno in corso di giudizio, la sussistenza in capo agli istanti dei requisiti di cui alla legge 27 marzo 1984 n. 33, ivi compresa la dimora trentennale sul territorio della Repubblica di San Marino, e che pertanto disponga la remissione nei termini per la ripresentazione della domanda di naturalizzazione dinanzi al Consiglio Grande e Generale”.

Esponevano gli attori che il Consiglio Grande e Generale, nella seduta del 30 novembre 1984, non aveva concesso ai richiedenti signori Chiari Daniele e Celi Rosa la naturalizzazione sammarinese, prendendo atto della decisione della Commissione Consiliare di cui all’art. 4 della legge 27 marzo 1984 n. 33, rigettante la domanda proposta anche a nome dei figli allora minorenni Francesco e Federico. La decisione della Commissione era dovuta alla “non sussistenza dei requisiti di cui alla predetta legge 27.03.1984 n. 33”, ed in particolare “per non essere in possesso della dimora trentennale nel territorio della Repubblica”. Ritenevano gli istanti che la Commissione “abbia interpretato la legge in maniera restrittiva e che, comunque, non abbia preso in considerazione particolari elementi e circostanze, le quali potranno essere ampiamente provate in corso di causa”.

All’udienza fissata per la seconda citazione si costituiva la convenuta a mezzo procuratori, i quali facevano rilevare la legittimità dell’operato della Commissione Consiliare di cui all’art. 4 della legge n. 33 del 1984.

Nei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza della procura attrice numerosi testi, nonché, su istanza della procura convenuta, un teste e documenti.

Aperto il termine ad allegare, entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All’udienza del 6 aprile 1995 si addiveniva alla irrotulazione, dopo di che il fascicolo era posto in *pro servato*.

La procura attrice ha concluso chiedendo “dichiarare: a) che il sig. Chiari Daniele ha effettivamente dimorato dalla nascita, e per almeno trent’anni all’entrata in vigore della legge 27.03.1984 n. 33, nel territorio della Repubblica di San Marino; b) conseguentemente, che il sig. Chiari Daniele, la sig.ra Celi Rosa, nonché i figli minori Chiari Francesco e Chiari Federico sono in possesso dei requisiti di cui alla legge 27.3.1984 n. 33 per accedere alla concessione della cittadinanza sammarinese per naturalizzazione. Il tutto con condanna della parte convenuta Ecc.ma Camera, quale soccombente, al pagamento totale ed esclusivo degli onorari di causa e spese processuali da liquidare con separato decreto”.

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo “respingere l’istanza attrice con vittoria delle spese ed onorari”.

## DIRITTO

1. Con la presente azione il signor Chiari Daniele e la signora Celi Rosa richiedono di accertare in capo agli stessi, e con effetti anche per i minori figli Chiari Francesco e Federico, la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge 27 marzo 1984 n. 33 per l'acquisto della cittadinanza sammarinese per naturalizzazione. In particolare, viene richiesto di accertare se il signor Chiari Daniele abbia dimorato dalla nascita e per almeno trenta anni all'entrata in vigore della legge n. 33 del 1984 nel territorio sammarinese.

L'art. 1 della legge n. 33 del 1984, la quale reca "disposizioni straordinarie sulle naturalizzazione", stabilisce, infatti, che il Consiglio Grande e Generale concede "la cittadinanza sammarinese per naturalizzazione, allo straniero maggiorenne: 1) che ha dimorato effettivamente e per almeno 30 anni, anche se non continuativi, nel territorio della Repubblica; 2) che ha dimorato effettivamente dalla nascita nel territorio della Repubblica, a condizione che il padre o l'ascendente paterno, ovvero la madre se il padre è ignoto o apolide, quivi abbia la dimora della durata di 30 anni. [...] La certificazione della dimora effettiva nel territorio della Repubblica deve essere chiara ed inequivocabile, e deve risultare da documentazione rilasciata da pubblici Uffici. Chi richiede la naturalizzazione deve avere la residenza anagrafica ed effettiva nel territorio della Repubblica al 1° marzo 1984".

Gli istanti avrebbero presentato la domanda alla competente Commissione Consiliare di cui all'art. 3 della citata legge, ma la stessa sarebbe stata respinta perché non sussistevano i requisiti previsti dalla legge.

2. In via preliminare, stante anche il letterale tenore della disposizione sopra riportata, occorre esaminare se l'Autorità Giudiziaria abbia la competenza a prendere in esame la domanda spiegata dagli attori.

Al riguardo autorevole giurisprudenza, la quale questo Giudice non può che fare propria, ha affermato che l'Autorità Giudiziaria "può sempre ritenersi competente a conoscere il caso e a pronunciare una sentenza di mero accertamento [...]. Non è invece competente a pronunciare in merito a quanto è stato inizialmente richiesto. [...] Non è poi difficile rendersi conto che, escluso il caso dell'apolidia, tutto il procedimento di naturalizzazione, concesso "in via straordinaria" attraverso la legge 27 marzo 1984 n. 33, non appartiene alla competenza dell'Autorità Giudiziaria ordinaria, ma solo al Consiglio Grande e Generale, che ha conservato e trattenuto tutta la pienezza dei suoi poteri, che gli deriva dagli attributi della sovranità. Da questo punto di vista la legge non ha delegato un altro organo dello Stato, ma ha soltanto attribuito alcune capacità istruttorie alla Commissione Consiliare prevista dall'art. 4 della legge 27 marzo 1984 n. 33, riservando la definitiva decisione al Consiglio Grande e Generale. E' pertanto avanti a quella Commissione che poteva essere fatta opportuna opposizione alla precedente negativa decisione [...]. E sarà soltanto la stessa Commissione Consiliare, l'unica nell'Ordinamento Sammarinese che ha competenza in proposito, che dovrà e potrà valutare se una sentenza di mero accertamento pronunciata dal Tribunale Commissariale integri, come documentazione chiara ed inequivocabile, gli estremi richiesti dal quarto comma dell'art. 1 della legge 27 marzo 1984 n. 33. La sentenza, infatti è un atto di esercizio di giurisdizione che, nel rispetto del contraddittorio e in funzione dei mezzi probatori tipici del processo, accerta soltanto che è stato giudizialmente documentato un



fatto” (sentenza del Commissario della Legge in data 16 febbraio 1994 nella causa civile n. 252 dell’anno 1990).

Ciò premesso, deve dichiararsi che questo Giudice non ha competenza alcuna a “rimettere nei termini” gli istanti, né ad interferire in alcun modo sui poteri sovrani del Consiglio Grande e Generale in materia di cittadinanza.

3. Svolte queste necessarie ed indispensabili precisazioni, si deve rilevare che la domanda attrice non merita accoglimento nemmeno nel merito quale azione di mero accertamento del fatto della dimora effettiva nel territorio di questo Stato per almeno trenta anni ovvero dalla nascita, secondo il tenore dell’art. 1 della legge n. 33 del 1984.

*Occorre in primis rilevare che il concetto di “residenza” non si ritrova nel diritto romano e nel diritto comune. Ciò che assumeva importanza era il “domicilium”, rispetto al quale solo all’epoca delle codificazioni assunsero rilievo autonomo la “residenza” e la “dimora”.*

*Il domicilium era per il diritto romano comune il luogo in cui un soggetto “ha piantato casa e tiene la somma delle proprie fortune e bisogne, per non dipartirsene quando alcun interesse nol chiami altrove” (J. VOET, Commento alle Pandette, Lib. V, Tit. I, n. XCII, ove richiama C.10,39,7 e D.50,16,339). Esso consta, dunque, di due elementi: a) la permanenza abituale in un determinato luogo, che costituisce la sede principale delle consuetudini di vita del soggetto; b) l’animus, la volontà del soggetto di eleggere e conservare in quel luogo le proprie consuetudini di vita. Ne deriva che l’allontanamento dal domicilio per qualunque ragione o motivo, non accompagnato dall’intenzione di dimorare in perpetuo nel nuovo luogo non comporta la perdita del domicilio originario (cfr. J. VOET, loc. cit., n. XCIV, ove affronta la questione del domicilio degli studenti fuori sede). E’ comunque interessante osservare che lo stesso Autore, dopo aver stabilito il principio per cui quando “non consti di certo in qual luogo altri abbia fermato domicilio, e se abbia veramente la intenzione di non dipartirsene, conviene ricorrere alle conghietture probabili, desunte dalle varie circostanze, sebbene non tutte siano egualmente solide né tutte egualmente stringenti, ma il loro valore in gran parte dipenda dal prudente e savio discernimento del giudice” (loc. cit. n. XCVII), afferma, in relazione al problema che ci riguarda: “certo è che la sola intenzione e destinazione del padre di famiglia, o la sola contestazione, scompagnata dalla effettiva residenza non costituiscono domicilio (nel testo latino: “neque solo animo atque destinatione patrisfamilias aut contestatione sola, sine re et facto, domicilium constitui”); né lo costituisce la sola compera di una casa in qualche paese; né il solo abitarvi, senza proponimento di rimanervi in perpetuo” (loc. cit., n. XCVIII, in relazione al passo ulpiano a D.47,10,5,5).*

*Da quanto precede si evince che la residenza effettiva è una situazione di fatto, concretantesi nel dimorare stabilmente ed abitualmente in un determinato luogo assieme alla famiglia. La residenza, in definitiva, è uno degli elementi del domicilio: “sieno qualunque i segni che abbia dato una persona di trasferire altrove il domicilio, qualunque sieno i motivi che essa abbia per trasferirlo, non vi è domiciliata finché non vi sia definitivamente stabilita” (POTHIER, Introduzione alla edizione commentata della Coutume d’Orléans, n. 14). E’ evidente, ad ogni modo, che il requisito della residenza effettiva non viene meno per la precaria lontananza per qualsiasi motivo.*

*I principi sopra enunciati si trovano richiamati dalla costante giurisprudenza sammarinese.*

*Il Consiglio dei XII, con delibera in data 24 febbraio 1982 (consulente: avv. Salvatore Sesta) ha affermato, in riferimento alla corresponsione dell'assegno di studio: "la specificazione di "effettiva residenza" non significa che la si contrappone a "residenza anagrafica", ma che le risultanze anagrafiche devono corrispondere alla situazione effettiva ed attuale [...] non ha rilievo il richiamo all'obbligo di frequenza alle lezioni [...] perché la precaria lontananza per motivi di studio non fa venir meno la residenza effettiva, se veramente sussiste". Ancora, con successiva delibera in data 27 gennaio 1984 (consulente: dott. Lamberto Emiliani), il Consiglio dei XII ha ribadito: "Quello di residenza effettiva non è un concetto nuovo nell'ordinamento sammarinese. Esso si traduce in una condizione giuridica della persona (la residenza anagrafica) ed in un quid pluris consistente in una situazione di fatto capace di produrre effetti giuridici. In parole più semplici, quando la legge in modo esplicito richiede la residenza effettiva, non è sufficiente che l'interessato disponga della mera residenza anagrafica in San Marino, ma occorre che ad essa si accompagni una situazione concreta e reale di dimora stabile, continuativa, abituale nel territorio sammarinese insieme alla famiglia". Può inoltre dirsi enunciato nel diritto sammarinese il principio "che la precaria lontananza per qualsiasi motivo dal territorio sammarinese non fa venir meno la residenza effettiva, ove questa effettivamente sussista" (sentenza del Commissario della Legge in data 1° settembre 1988 nella causa civile n. 187 dell'anno 1986, Bitonto/I.S.S. Nello stesso senso cfr. sentenza del Commissario della Legge in data 5 marzo 1990 nella causa civile n. 19 dell'anno 1985, Chiarelli/Ecc.ma Camera).*

L'assunto, sempre affermato dalla giurisprudenza sammarinese, e secondo il quale la residenza effettiva, essendo una situazione di fatto, è accertabile con qualunque mezzo di prova, anche contro le risultanze anagrafiche, le quali hanno soltanto un valore presuntivo, non trova applicazione testuale nel caso di specie, stante l'imperativo disposto dell'art. 1, comma 4° della legge 27 marzo 1984 n. 33 il quale impone che la certificazione della dimora effettiva deve essere chiara ed inequivocabile "e deve risultare da documentazione rilasciata da Uffici Pubblici". Ne deriva, pertanto, l'inammissibilità della prova testimoniale al fine di fornire la prova di tale requisito.

Nella specie risulta dalla documentazione agli atti che il signor Chiari Daniele è abitante "di fatto in questa Repubblica dall'11 settembre 1970 a tutt'oggi" (attestato del Vice Comandante della Gendarmeria in data 18 maggio 1984). L'Ufficiale di Stato Civile ha dichiarato in data 10 maggio 1984 che Chiari Daniele "è stato iscritto in questo registro della popolazione in data 2 ottobre 1970 proveniente da Rimini", mentre il padre, Chiari Armando Carlo è stato iscritto in data 19 luglio 1949 proveniente da Bologna. Il Comandante della Gendarmeria, in data 12 maggio 1994, ha attestato che Chiari Daniele "è immigrato a San Marino in data 02 ottobre 1970. Ha frequentato la scuola dell'obbligo in Italia, ed ha conseguito il diploma di geometra presso l'Istituto "Achille Papa" di Milano. Non ha esplicato attività lavorativa retribuita nel periodo di riferimento. Ha assolto al servizio militare di leva, quale Ufficiale di Complemento in Fanteria, specializzazione paracadutista, iscritto al Distretto Militare di Forlì".

Da tale certificazione risulta che il signor Chiari Daniele non ha dimorato né di fatto né anagraficamente nel territorio della Repubblica se non dal 1970.

In ogni caso, vale la pena osservare che anche i numerosi testimoni indotti da parte attrice nulla o poco hanno aggiunto a tali risultanze documentali.

Sulla scorta di quanto precede, deve dunque essere respinta la domanda spiegata dagli attori.

4. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidate con successivo e separato decreto, vanno posti a carico della parte attrice sulla base del principio della soccombenza.

Va rilevato, infatti, che nell'ordinamento sammarinese la condanna del soccombente alla rifusione delle spese alla parte vittoriosa trova il fondamento normativo nello *ius proprium*, ed in particolare nel § 272, Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Rei Publicae Sancti Marini*. Il principio basilare in argomento è che ciascuna parte deve provvedere alle spese degli atti che compie, di quelli che richiede e di quelli necessari al processo, ivi compresi gli onorari del difensore: "sotto la denominazione di spese di lite si contengono le promerENZE degli avvocati e dei procuratori, le sportule dei giudici, dei fanti e di altri subordinati al giudice; le spese occorse per la produzione de' testimoni" (Cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Libro XLII, tit. I, n. 26). Quella che tra le parti in causa, tuttavia, risulterà vittoriosa, ha il diritto di ottenere il rimborso dalla parte soccombente delle spese che ha sostenuto, e ciò a prescindere dalla attribuzione di responsabilità alcuna al soccombente, la quale - se sussistente - costituisce invece il presupposto della condanna per lite temeraria.

Il regolamento delle spese giudiziali è, dunque, una conseguenza legale della decisione della lite. La parte soccombente, pertanto, va identificata, alla stregua del principio di causalità, in quella che, lasciando insoddisfatta una pretesa riconosciuta fondata, abbia dato causa alla lite, ovvero con quella che abbia tenuto nel processo un comportamento poi rivelatosi ingiustificato. Nella specie, la parte attrice ha fatto valere nel presente giudizio una pretesa poi rivelatasi infondata.

### 136.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 24 luglio 1995.

Azienda Autonoma di Stato di Produzione (Avvocatura dello Stato) : S.A. Masi e Ceccoli (Avv. Antonella Mularoni) – Causa n. 310, anno 1993.

#### **Amministrazione pubblica – Opere di urbanizzazione primaria – Oneri – Potere regolamentare.**

*La realizzazione di opere di urbanizzazione primaria è a carico dello Stato; gli oneri relativi sono assolti dal privato all'atto del versamento del contributo concessorio.*

*Il regolamento, che determina detti oneri, costituisce un atto subordinato alla legge, e in quanto tale, non può abrogare o derogare ad una legge, essendo fonte secondaria di norme giuridiche.*

### FATTO

Con atto di citazione in data 9 settembre 1993 l'Azienda Autonoma di Stato di Produzione, in persona del suo Presidente, ha convenuto avanti a questo Tribunale la società anonima Masi e Ceccoli, in persona del suo legale rappresentante, per sentirla

“condannare al pagamento della somma di lire 35.415.903= [...], da rivalutarsi a termini di svalutazione monetaria, interessi dall’11 marzo 1991 al saldo, oltre a spese ed onorari di causa”.

Esponeva l’attrice di avere proceduto ad eseguire l’allacciamento alla pubblica rete fognaria degli scarichi di pertinenza della s.a. Masi e Ceccoli, per un costo complessivo delle opere di allacciamento pari a L. 35.415.903=. L’A.A.S.P. aveva presentato nota di addebito alla società convenuta sin dall’11 marzo 1991, ma essa non aveva dato riscontro, come pure ai successivi solleciti.

All’udienza fissata si costituiva la convenuta a mezzo procuratore, il quale, nel concesso termine statutario per rispondere ed eccepire, si opponeva alla citazione in quanto “la s.a. Masi e Ceccoli ha infatti regolarmente pagato quanto previsto dalla legge”.

Nel corso dei rituali termini di prova venivano ammessi, su istanza di entrambe le procure, numerosi documenti, nonché - su istanza attrice, quali testi i signori Moretti Luigi, Mauro Amici, Alberto Lonfernini, rispettivamente escussi alle udienze del 23 febbraio 1994, 1 luglio 1994.

All’udienza del 23 marzo 1995 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo era posto in *pro servato*.

La procura attrice ha concluso chiedendo “accogliere l’istanza della Azienda Autonoma di Stato di Produzione in quanto le opere realizzate su richiesta della società convenuta devono considerarsi allacciamento fognario e come tale non costituenti opere di urbanizzazione primaria, per le quali la convenuta ha versato il previsto contributo; in considerazione di ciò voglia condannare la società anonima Masi e Ceccoli al pagamento in favore della stessa Azienda della somma di lire 35.415.903= più interessi dall’11 marzo 1991 al saldo e rivalutazione monetaria. Il tutto con vittoria di spese ed onorari di causa”.

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo “respingersi la pretesa avanzata dall’AASP con atto di citazione in data 9 settembre 1993, in quanto infondata e comunque non provata, con condanna dell’AASP al pagamento delle spese e degli onorari di causa, da liquidarsi con separato decreto”.

## DIRITTO

1. Con la presente azione l’Azienda Autonoma di Stato di Produzione reclama dalla convenuta società anonima Masi e Ceccoli s.a. il pagamento delle opere dalla stessa realizzate per l’allacciamento alla pubblica rete fognaria degli scarichi di pertinenza della società medesima.

A tale pretesa reagisce la convenuta, sostenendo che, in realtà, i costi sarebbero da ascrivere non all’allacciamento, bensì alla costruzione di un nuovo tratto di fognatura pubblica, come tale da ritenersi compresa negli oneri di urbanizzazione primaria già pagati dalla medesima convenuta all’atto del versamento del contributo avvenuto al rilascio della concessione edificatoria.

In definitiva, il *thema decidendum* viene ad essere delimitato nell’interpretazione delle norme di legge sulle opere di urbanizzazione primaria, al fine di verificare se nella specie, sia stato realizzato un vero e proprio allacciamento, nelle stesse non compreso, ovvero un vero e proprio tratto di rete fognaria.

2. In via preliminare, tuttavia, anche al fine di sgomberare il campo da equivoci, è necessario svolgere alcune osservazioni sulla eccezione sollevata dalla convenuta in

merito alla illegittimità della pretesa dell'AASP in quanto l'obbligo per il privato di corrispondere i costi di allacciamento non sarebbe previsto da alcuna legge, e, dunque, sarebbe in contrasto con l'art. 13, comma 2°, della legge 8 luglio 1974 n. 59, il quale stabilisce che "nessuna prestazione patrimoniale o personale può essere imposta se non dalla legge". Tale eccezione, costituisce, nella sostanza, l'esplicitazione di quanto sostenuto dalla società convenuta nella missiva inviata alla attrice in data 30 agosto 1991 - prodotta in atti -, allorché viene affermato: "sarebbe normale e corretta prassi, che qualsiasi addebito effettuato da un'Azienda di Stato a carico degli utenti avvenisse sulla base di prezzi predeterminati e pubblicizzati, e quindi noti, o previa presentazione ed accettazione da parte dell'utente di un preventivo di spesa".

In sostanza, viene conclamata la illegittimità delle tariffe stabilite dal Consiglio di Amministrazione dell'Azienda Autonoma di Stato di Produzione ed autorizzate dal Congresso di Stato, in quanto contrastanti con il principio costituzionale. Trattasi - all'evidenza - di eccezione che assume rilievo pregiudiziale all'esame del merito.

Intanto va evidenziato che il precetto costituzionale evocato dalla procura convenuta deve essere correttamente interpretato. Autorevole dottrina, in merito all'art. 23 della Costituzione italiana che contiene una formulazione analoga all'art. 13, comma 2° della Carta dei Diritti, ha correttamente circoscritto l'ambito della disposizione alla imposizione tributaria, ed ha affermato che "perché possa ritenersi osservato il precetto della costituzione, occorre che la legge, che prevede l'imposizione di una prestazione, contenga elementi tali da permettere di individuare la prestazione stessa attraverso gli elementi essenziali dell'obbligazione, mentre le modalità esecutive potranno anche essere fissate con regolamento" (P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, IX ed. Milano, 1979, p. 423).

Riguardo al regolamento amministrativo, poi, è noto che **"in senso generico, la parola "regolamento" viene usata dalla dottrina e dalla pratica per indicare qualunque norma o gruppo di norme al di fuori delle leggi formali e degli atti ad esse equiparati che emanino da autorità dello Stato, da enti autarchici o da persone giuridiche, per determinare la propria organizzazione interna o per regolare la condotta dei propri componenti e, nei congrui casi, anche quella di estranei. In senso stretto la parola viene usata per indicare quella parte di queste norme che vengono emanate dallo Stato a mezzo del potere esecutivo ed aventi i caratteri delle norme giuridiche ossia delle leggi in senso materiale, nonché quelle degli enti autarchici anch'esse riconosciute dal diritto come norme giuridiche"** (G. ZANOBINI, voce *Regolamento*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 240). In sostanza, il regolamento è l'atto normativo di una autorità amministrativa.

Il potere regolamentare incontra, peraltro, una serie di limiti, che sono così stati individuati dalla dottrina: "a) le norme regolamentari non possono avere che un contenuto generale: mentre quelle emanate con atti legislativi formali possono riguardare anche casi singoli e derogare alle norme generali in vigore, nei regolamenti tale possibilità è esclusa. [...] b) ogni regolamento deve mantenersi nel campo della materia amministrativa e dei rapporti fra la pubblica amministrazione e gli altri soggetti di diritto: l'autonomia del potere esecutivo non può eccedere dalle materie proprie della funzione amministrativa. c) Vi sono alcune materie sottratte, in modo espresso, alla funzione regolamentare [...]. d) Nessun regolamento può derogare a norme contenute in leggi formali od in atti a queste equiparati; [...] e) i regolamenti delle autorità inferiori

non possono derogare a quelli degli organi superiori” (G. ZANOBINI, op. ult. cit., p. 242. Cfr. anche P. VIRGA, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1979, p. 302 s.).

**In definitiva, il regolamento costituisce un atto subordinato alla legge, e, in quanto tale non può abrogare o derogare ad una legge, essendo fonte secondaria di norme giuridiche** (cfr. A. CERRI, voce *Regolamenti*, in *Enc. Giur. Treccani, ad vocem*, p. 5).

Qualora non vengano osservati i limiti sopra indicati, il regolamento sarà viziato per violazione di legge, la quale produce “rispetto ad esso, gli stessi effetti che tale vizio importa nei riguardi di qualunque atto del potere esecutivo, ossia di qualunque atto formalmente amministrativo [...]. Ove [...] dell’efficacia del regolamento si discuta in una controversia di competenza dell’autorità giudiziaria ordinaria, la illegittimità può sempre essere eccepita, con l’effetto di rendere inapplicabile, da parte del giudice, la norma che ne è affetta” (G. ZANOBINI, op. cit., p. 242).

Nella specie, come detto, il tariffario “relativo gli allacciamenti fognari” è stato adottato con regolamento del Consiglio di Amministrazione dell’AASP, su autorizzazione del Congresso di Stato. Occorre pertanto verificare se tale potere regolamentare sia stato attribuito a tali organi dalla legge, ovvero in assenza o peggio ancora contro la legge.

*L’art. 1 della legge 26 novembre 1980 n. 88 - recante “l’istituzione di un sistema di Aziende Autonome di Stato” - stabilisce: “Lo Stato, nell’ambito delle norme della presente legge, effettua interventi nella produzione di beni e nella gestione di servizi pubblici destinati al soddisfacimento di necessità e a promuovere lo sviluppo socio-economico della popolazione della Repubblica. Gli interventi di cui al comma precedente vengono attuati secondo le regole della massima economicità allo scopo di conseguire l’efficienza produttiva e di rendere alla collettività servizi al minor costo”, mentre all’art. 2 dispone che “i servizi pubblici e gli interventi nella produzione di cui all’art. 1 sono attuati mediante un sistema di Aziende Autonome di Stato cui è demandata la gestione efficiente ed economica nell’ambito delle direttive impartite dallo Stato e dalla presente legge”.*

*In sostanza, tali Aziende Autonome, secondo il dettato legislativo, vanno inserite nella categoria giuspubblicistica delle imprese di diritto pubblico: “non tutte le attività dell’Amministrazione destinate alla produzione e prestazione di beni e di servizi hanno però carattere puramente erogativo. Alcune di esse debbono essere svolte necessariamente con criterio di economicità, e cioè debbono assicurare l’autosufficienza della gestione (vale a dire la copertura dei costi di esercizio). Questa regola [...] è da ritenere operante non solo per gli enti pubblici economici e per le altre imprese gestite da enti pubblici in regime di diritto comune [rectius del diritto privato], ma, almeno in linea tendenziale, anche per tutte quelle altre attività che, pur assunte e svolte dai pubblici poteri in regime di diritto pubblico, sono tuttavia destinate a una soddisfazione di bisogni individuali, la quale - sebbene considerata di interesse generale, e fatta oggetto, appunto in quanto tale, di protezione mediante l’assunzione pubblica - non si connota per la prevalenza del valore sociale su quello individuale. Si pensi, a es. all’attività di raccolta, sterilizzazione e vendita del latte [...]. Lo stesso vale per i servizi di trasporto e per quelli di fornitura del gas, acqua, elettricità, ecc. [...] Le attività economiche di cui si è appena accennato vengono espletate anch’esse, come si è detto, in regime di diritto pubblico, nel senso che la produzione e la gestione hanno luogo secondo le norme del diritto amministrativo. Tuttavia, i rapporti con i destinatari delle prestazioni (acquirenti del latte utenti dei servizi di trasporto e della fornitura di acqua,*

gas, ecc.) sono regolati dal diritto civile” (così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Napoli, 1982, p. 1000 s.).

Proprio per questa natura, le Aziende Autonome di Stato erogano servizi ovvero effettuano attività di produzione, i cui costi devono essere pagati dai privati. Non si tratta, dunque, di alcuna prestazione impositiva, bensì del corrispettivo di un servizio.

Conformemente a tale ricostruzione, si osserva che, correttamente, l'art. 6 della legge n. 88 del 1980 attribuisce al Consiglio di Amministrazione delle Aziende il potere di “(4) proporre le tariffe dei servizi pubblici e i prezzi dei prodotti”. Tali deliberazioni, ai sensi dell'art. 16 della medesima legge, per divenire esecutive “devono essere trasmesse, entro dieci giorni dalla adozione, al Congresso di Stato che ne curerà l'approvazione entro il termine di venti giorni. Nel caso in cui la delibera non ottenga l'approvazione sarà rinviata al Consiglio di Amministrazione dell'Azienda munita di una relazione di accompagnamento. Nell'ipotesi in cui il Consiglio di Amministrazione si unifichi alle osservazioni riportate nella relazione, la delibera diverrà immediatamente esecutiva. Contrariamente ogni decisione competerà al Congresso di Stato, che provvederà entro dieci giorni”.

In definitiva, deve darsi atto che le tariffe approvate dal Consiglio di Amministrazione dell'AASP ed approvate dal Congresso di Stato devono ritenersi legittimamente stabilite, perché adottate conformemente al potere regolamentare attribuito dalla legge, onde, sotto questo profilo, deve ritenersi destituita di ogni fondamento l'eccezione sollevata al riguardo dalla procura convenuta.

3. Passando all'esame del merito, si osserva che l'art. 10 della legge 16 luglio 1980 n. 53 - Legge urbanistica, applicabile al momento in cui i lavori sono stati eseguiti, e testualmente riprodotto nell'art. 10 della nuova legge urbanistica del 13 novembre 1991 n. 140 - annovera tra le opere di urbanizzazione primaria le fognature, unitamente, tra l'altro, alla rete idrica e alla rete di distribuzione energia elettrica e gas

L'art. 9 della stessa legge, che disciplina il contributo di concessione previsto dall'art. 3 della legge 15 marzo 1980 n. 18, stabilisce che “in difetto delle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 10 afferenti al lotto, l'Amministrazione imporrà al richiedente l'esecuzione diretta delle opere stesse. In tal caso il contributo verrà ridotto fino alla concorrenza massima del 50%. E' sempre salva la facoltà dell'Amministrazione di convenire con il concessionario, a scomputo totale o parziale del contributo, l'esecuzione diretta di altre opere di urbanizzazione, o l'applicazione da parte del concessionario di prezzi di vendita o canoni di locazione predeterminati da una convenzione tipo predisposta dalla Commissione urbanistica”.

**Da tale regolamentazione, si evince che la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria è da porsi a carico dello Stato, e che gli oneri relativi sono assolti dal privato all'atto del versamento del contributo concessorio**, che, nella specie, è stato regolarmente pagato dalla società convenuta.

Peraltro, per fognatura deve intendersi un “condotto o canale sotterraneo per la raccolta e lo sfogo delle acque di rifiuto”, mentre con il termine *fognatura* si designa “il complesso delle fogne di un centro abitato”, ovvero “l'insieme delle canalizzazioni e delle opere varie che servono ad allontanare da una data area le acque nocive, sia meteoriche sia di rifiuto” (*Dizionario enciclopedico Treccani*). La *rete di fogne* è costituita da “attacchi agli edifici (fognoli), fogne [...], collettori (canali principali in cui confluiscono più fogne importanti), emissari (canali destinati ad allontanare le acque dall'abitato fino al recapito finale)”. Il tracciato delle fognature “dipende principalmente: a) dalla topografia del

terreno (trattandosi di canali a pelo libero); b) dalla destinazione ultima dei liquami e delle acque pluviali” (*Manuale dell'ingegnere civile*, Roma, 1952, p. 1367 s.). Da ciò si evince che effettivamente la fognatura è il complesso delle canalizzazioni sotterranee che consentono di allontanare dagli edifici le acque luride, come viene affermato nella relazione del perito di parte convenuta prodotta in atti.

Ne deriva che **la realizzazione delle fogne e dei collettori deve ritenersi opera di urbanizzazione primaria, mentre costituiscono opere di allacciamento alla rete fognaria tutte quelle che servono per collegare i tubi di scarico delle acque nere e meteoriche raccolte nei singoli lotti o edifici, che escono dal confine delle proprietà private (e che devono essere realizzati direttamente dai privati a proprie spese) ad un collettore pubblico.** Il costo di tali opere di allacciamento, che devono essere obbligatoriamente realizzate dall'AASP, gravano sul privato e sono da considerarsi non ricomprese negli oneri di urbanizzazione primaria. Tali assunti sono confermati anche dal geom. Amici Mauro, direttore lavori dell'AASP, il quale è stato escusso all'udienza del 23 febbraio 1994: “per allacciamento si intende il tratto dalla proprietà interessata al collettore pubblico. L'allacciamento riguarda una proprietà e rimane nella proprietà di colui che lo ha richiesto, il collettore riguarda più proprietà e su un determinato collettore possono essere effettuati più allacciamenti”.

Ne deriva, dunque, che correttamente i costi per l'allacciamento alla rete fognaria, e dunque per il collegamento tra gli scarichi privati ed il collettore pubblico devono essere posti a carico della società convenuta, in quanto non compresi nelle opere di urbanizzazione primaria.

Tali assunti sono pacificamente riconosciuti da entrambe le parti in causa. Ciò che sembra essere contestato, invece, dalla procura convenuta è la circostanza che l'attrice pretenderebbe, in realtà, di addebitarle “l'esecuzione di un nuovo tratto di rete fognante” e quindi anche di un nuovo collettore pubblico.

Poiché dalla documentazione prodotta in atti questo Giudice non è in grado di esaminare se l'eccezione attrice debba considerarsi fondata o meno, e, soprattutto, non è in grado di verificare se i costi addebitati siano afferenti all'allacciamento ovvero alla realizzazione di un nuovo tratto di rete fognante, ritiene di dover riaprire l'istruttoria, nominando un perito affinché accerti, sulla scorta della documentazione prodotta in atti, se le opere realizzare dall'AASP siano da considerarsi “allacciamento” alla rete fognaria pubblica ovvero debbano ritenersi ricomprese nelle opere di urbanizzazione primaria, calcolando, eventualmente, sempre sui documenti prodotti in atti, i costi di allacciamento e quelli afferenti alla realizzazione del tratto di rete fognante e del collettore pubblico.

La perizia d'ufficio, nella presente fattispecie deve essere ammessa, in considerazione della necessità di acquisire agli atti il responso di un tecnico all'uopo nominato, che effettui le indagini sopra descritte, le quali possono essere svolte solo da un esperto professionista. E' noto, infatti, che la perizia può essere disposta anche d'ufficio: **“la perizia è mezzo di prova ammesso in base alla consuetudine, così d'ufficio come su domanda delle parti”** (T.C. GIANNINI, *Sommario di Procedura Giudiziaria Civile Sammarinese*, cit., p. 83), e che **“la nomina del giudice non è l'ordine ad una collaborazione, ma la delega d'un giudizio e perciò tale nomina non può ovviamente mancare, ma è la fonte del potere del perito. [...] Il giudicante non può che accogliere integralmente e fare proprio il giudizio del perito giudiziario, perché trattasi di giudizio tecnico incidente sul giudizio giuridico sul quale ha influenza decisiva”** (Decisione di Terza Istanza emessa dal Consiglio dei XII nella causa civile n.



382 dell'anno 1977, in data 8 novembre 1988, su conforme parere del consulente prof. Victor Crescenzi. Si veda anche, fra le tante, la Sentenza del Commissario della Legge in data 11 marzo 1991 nella causa civile n. 43 dell'anno 1986). A tale ufficio, si ritiene di nominare l'ing. Giorgio Fantini, con studio in Rimini, viale Dante n. 80/A.

Assegna alle parti, in omaggio al principio del contraddittorio, dopo il passaggio in giudicato della presente sentenza, il termine di dieci giorni correnti per la formulazione di quesiti aggiuntivi, purché in stretta relazione al punto da esaminare, e la designazione di consulenti di parte, decorso il quale si provvederà alla notifica del provvedimento di nomina unitamente ai quesiti formulati al perito d'ufficio.

Poiché la perizia si rende necessaria al fine di risolvere un aspetto sollevato in via di eccezione dalla procura convenuta, le spese e gli onorari peritali dovranno essere anticipati dalla procura convenuta, con riserva ovviamente di decidere in ordine all'eventuale rimborso in sede di regolamento definitivo delle spese ed onorari processuali.

4. Il regolamento delle spese ed onorari deve essere rinviato al definitivo.

### 137.

Commissario della Legge (Dott. Lamberto Emiliani), 8 settembre 1995.

Fini Giulio (Avv. M. Nicolini) : Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino (Avv. G. Burgagni) – Causa n. 318, anno 1991.

#### **Imposte e tasse – Ricorso avverso delibera della Giunta di Stima – Motivi del Ricorso: violazione o falsa applicazione di leggi, incompetenza, eccesso di potere.**

*La violazione di legge riguarda tutte le ipotesi in cui l'autorità amministrativa disconosce le disposizioni e il significato di una norma di legge.*

*Il vizio di incompetenza sussiste allorché l'autorità amministrativa abbia esorbitato dai limiti della propria competenza, invadendo quella di un'altra autorità amministrativa.*

*L'eccesso di potere si ha quando l'autorità amministrativa si avvale del potere di adottare un provvedimento per un fine diverso da quello specifico per il quale il potere stesso è stato ad essa conferito.*

---

### FATTO

Il 19 dicembre 1991 l'attore chiamava in giudizio l'Ecc.ma Camera in rappresentanza dell'amministrazione finanziaria della Repubblica ai sensi e per gli effetti del quinto comma dell'art. 48 della legge 13 ottobre 1984 n. 91 (testo modificato con l'art. 29 della legge 30 dicembre 1986 n. 155), in concreto “per sentir dichiarare annullate” le decisioni della Giunta di Stima 17 ottobre 1991 (relativa all'anno 1985) e 18 aprile 1991 (relativa all'anno 1987: va detto subito che, per quanto in seguito segnalato dall'attore e risultante in atti, l'accertamento relativo al 1987 deve intendersi riferito all'anno 1986): “per violazione o falsa applicazione di legge, eccesso di potere, incompetenza”.

Esponeva il ricorrente:

- 1) di aver cessato ogni attività in San Marino, e quindi di non aver percepito alcun reddito in questo Stato, fin dal giugno 1984 allorchè la S.A. Grandi Liquori, di cui era amministratore, ha interrotto l'attività;
- 2) di aver ricevuto notifica delle delibere della Commissione per l'accertamento dei redditi delle persone fisiche – oggetto delle decisioni della Giunta di Stima impugnate – oltre i termini di legge, con espresso riferimento all'art. 47 della legge 13 ottobre 1984 n. 91 nel testo modificato dall'art. 28 della legge 30 dicembre 1986 n. 155 (non interessa, perché norma successiva ai fatti in giudizio, la modifica introdotta con l'art. 1 della legge 22 gennaio 1993 n. 9);
- 3) di aver presentato reclamo alla Giunta di Stima avverso l'una e l'altra delle predette delibere di primo grado, per i motivi indicati ai punti 1 e 2 che precedono;
- 4) che la Giunta di Stima per l'anno 1985 “ha confermato la delibera della Commissione” contenente l'accertamento di un reddito pari a £. 15.000.000=; per l'anno 1987 “non ha risposto al ricorso Fini ma ha accolto altro ricorso dell'Ufficio Tributario” dichiarando il reddito accertato (£. 20.000.000=) relativo all'anno 1986 anziché all'anno 1987.

Oltre che “dichiarare annullate le decisioni della Giunta di Stima” sopra specificate, parte attrice chiedeva “dichiararsi non dovute né l'imposta né le penalità né gli interessi sugli accertamenti sopra indicati, in quanto i relativi redditi non sono stati percepiti [...]”.

Nell'udienza fissata allo scopo parte attrice riproduceva la citazione, parte convenuta si costituiva a mezzo procuratori chiedendo ed ottenendo il termine per rispondere ed eccepire.

Trascorso inutilmente il termine statutario, con decreto 11 maggio 1992 veniva introdotto il primo termine di prova nel quale parte attrice induceva la testimonianza del commercialista dott. Enzo Zafferani (si veda il verbale dell'udienza istruttoria 25 giugno 1992).

Nel secondo termine di prova, aperto con decreto 14 ottobre 1992, l'attore produceva documenti: si tratta delle comunicazioni intercorse fra il dott. Fini e l'Ufficio Tributario, delle delibere della Commissione per l'accertamento dei redditi delle persone fisiche, degli atti contenenti i ricorsi proposti dal dott. Fini alla Giunta di Stima avverso le delibere d'accertamento della Commissione, degli atti contenenti le decisioni adottate dalla Giunta di Stima.

Nei termini reprobatori nulla deduceva parte convenuta. Nel termine di controprova parte attrice chiedeva l'ammissione di documenti (la denuncia dei redditi per l'anno 1985 presentata in Italia dal dott. Fini) e, a chiarimento, l'esame del teste rag. Andrea Baroni commercialista (si veda il verbale d'udienza 24 giugno 1993).

Aperto il termine ad allegare e acquisite in atti le memorie conclusionali delle parti, il 18 novembre 1993 la causa era posta in *pro servato*.

Esposta chiara sintesi degli atti e delle questioni di fatto e di diritto oggetto del giudizio, la procura di parte attrice conclude chiedendo “che siano annullate sia le delibere della Commissione per l'accertamento dei redditi delle persone fisiche, relative all'anno 1985 e all'anno 1987 poi trasformato in anno 1986 dalla Giunta di Stima, sia le successive delibere della Giunta di Stima: in primis perché non esisteva reddito, subordinatamente perché notificate fuori termine, in subordine ulteriore perché mancanti del

contraddittorio, perché prive di motivazioni e anzi contraddittorie”. Con vittoria di spese e onorari.

Parte convenuta ha preso le seguenti conclusioni: “respingersi in toto le istanze di parte attrice [...] perché non risulta che la Commissione degli accertamenti prima, e la Giunta di Stima poi, abbiano operato in violazione di legge o falsa applicazione di legge, eccesso di potere o incompetenza”. Con vittoria di spese e onorari.

## DIRITTO

1. Prima di ogni altra cosa conviene chiarire i motivi di fatto e di diritto sui quali si basa il ricorso. Nella sua memoria conclusionale la procura di parte attrice illustra ampiamente le ragioni per le quali deve innanzitutto ritenersi “che il dott. Giulio Fini non ha maturato alcun reddito nel 1985 e nel 1986 in San Marino e pertanto non può essere gravato da nessuna imposta”. Precisa l’avv. Nicolini: “Il reddito del dott. Fini in San Marino derivava unicamente, negli anni precedenti al 1985, dall’indennità che la S.A. Grandi Liquori gli versava quale amministratore della società; ebbene, il dott. Zafferani ha testimoniato che il dott. Fini ha cessato da tale carica il 13 giugno 1984 avendo assunto lo stesso dott. Zafferani l’amministrazione della società in moratoria, quale procuratore della relativa procedura”.

Rileva in secondo luogo la procura di parte ricorrente che la Commissione degli accertamenti può dar corso all’accertamento “sintetico” ma deve in ogni caso, a garanzia del contribuente, indicare “elementi e circostanze certi” dai quali si possa dedurre anche in via di presunzione il reddito accertato: elementi e circostanze non indicati nelle delibere relative all’anno 1985 e all’anno 1987 poi rettificata in anno 1986.

Definite le delibere della Commissione di primo grado “contraddittorie” (in quanto qualificano il dott. Fini “libero professionista-commercialista” e nello stesso tempo gli attribuiscono un “reddito d’impresa”), “censurabili e annullabili per carenza di motivazione, viziate da eccesso di potere in quanto non espongono alcuna ragione della decisione adottata”, la procura attrice introduce ulteriore “motivo di gravame” consistente nella “tardiva notifica dell’accertamento” (inosservanza dei termini stabiliti dall’art. 47 della legge 13 ottobre 1984 n. 91 nel testo modificato con l’art. 28 della legge 30 dicembre 1986 n. 155). La ragione addotta in contrario dalla Giunta di Stima (“si considera valida la notifica ad valvas”: delibera 17 ottobre 1991) viene giudicata inefficace allo scopo “perché non precisa la data in cui è stata effettuata la notifica ad valvas” e inoltre “perché non fondata su alcuna norma di diritto”.

Da ultimo l’avv. Marino Nicolini introduce, a motivazione del gravame, la mancata osservanza dell’art. 49 bis della legge 13 ottobre 1984 n. 91, introdotto con l’art. 31 della legge 30 dicembre 1986 n. 155, a tenore del quale “le Commissioni e la Giunta di Stima si attengono al criterio del dibattimento fra Ufficio Tributario e contribuente”. E invoca precedenti giurisprudenziali a sostegno dell’opinione per cui “la violazione dell’art. 49 bis costituisce motivo per l’annullamento della delibera”.

In contrario, la procura di parte convenuta osserva in primo luogo come l’attore, che anche in questo caso “ha l’onere di provare ciò che afferma”, non abbia in realtà prodotto prove valide: “ovvie” essendo le prove documentali e sospette quelle testimoniali perché rese da due consulenti del dott. Fini (il dott. Zafferani e il rag. Baroni).

Rileva poi la procura di parte convenuta che il dott. Fini avrebbe dovuto comunicare all'Ufficio Tributario un eventuale mutamento di residenza (da San Marino a Bologna: circostanza illustrata per atti e documenti da controparte) e almeno "presentare le dichiarazioni con reddito zero sino a quel momento". E osserva: "il problema vero è che Fini non si è minimamente preoccupato della sua posizione fiscale nel nostro Stato".

Illustra poi la procura di parte convenuta le ragioni per cui "è sottratto al giudice qualunque giudizio di merito sulla vertenza".

2. Per precisare meglio il campo sul quale deve svolgersi l'osservazione del Tribunale va detto che, dai documenti prodotti dalla parte ricorrente Fini, vengono in evidenza le seguenti circostanze di fatto.

La Commissione per l'accertamento dei redditi delle persone fisiche, nella seduta del 15 dicembre 1989, rileva che "il contribuente" Giulio Fini, definito commercialista libero professionista, "ha omesso la presentazione della dichiarazione dei redditi" relativa all'anno 1985 e pertanto procede ad accertamento d'ufficio ex art. 46 legge 1984 n. 91 (testo vigente, art. 27 legge 1986 n. 155) e "determina un reddito d'impresa, in via sintetica, nella misura di £. 15.000.000= ricavato dai redditi medi statistici". Rileva inoltre la Commissione che il contribuente "non ha versato gli acconti d'imposta" e "non ha tenuto le scritture contabili". Impone quindi, oltre all'imposta dovuta sul reddito, interessi, soprattasse e pene pecuniarie a norma di legge.

La predetta delibera della Commissione di primo grado viene notificata a Fini in Bologna, Via D'Azeglio 34, il 3 gennaio 1990. Contro di essa presenta ricorso alla Giunta di Stima, in nome e per conto di Fini, il dott. Enzo Zafferani in data 13 febbraio 1990: sia perché l'atto di accertamento è stato notificato oltre ogni termine utile di legge, sia perché il dott. Fini dal giugno 1984 non ha più operato in San Marino.

La Giunta di Stima, nella seduta del 17 ottobre 1991, senza nulla osservare sulla tempestività e ritualità del ricorso, delibera: "Periodo d'imposta 1985, si conferma la procedura di attribuzione del reddito sintetico attribuito dalla Commissione degli accertamenti pari a £. 15.000.000=; si considera valida la notifica ad valvas".

Tale delibera della Giunta di Stima viene notificata a Fini in Bologna, Via D'Azeglio 34, il 28 novembre 1991.

Tutto ciò per il periodo d'imposta rappresentato dall'anno 1985. Quanto all'anno 1986 vengono in evidenza le seguenti circostanze.

La Commissione di primo grado, nella seduta del 17 dicembre 1990, relativamente all'anno 1987 (rettificato poi in anno 1986) rileva a carico di Giulio Fini, definito ancora libero professionista: "Il contribuente ha omesso la presentazione della dichiarazione dei redditi, pertanto la Commissione determina un reddito d'impresa, in via sintetica, pari a £. 20.000.000=". Quindi, obbligo di pagare l'imposta corrispondente, interessi, soprattasse e pene pecuniarie a norma di legge.

Contro questa delibera – notificata a Fini in Bologna, Via D'Azeglio 34, il 4 gennaio 1991 – presenta ricorso alla Giunta di Stima il dott. Zafferani con atto in data 23 gennaio 1991, perché l'atto di accertamento risulta notificato oltre i termini di legge e perché "il dott. Fini all'epoca non era tenuto a presentare alcuna dichiarazione all'Ufficio Tributario ...".

La Giunta di Stima, nella seduta del 18 aprile 1991 - senza decidere sul ricorso Fini, stando agli atti prodotti in questa causa civile – accoglie invece un ricorso dell'Ufficio Tributario e rettifica la delibera della Commissione quanto al periodo d'imposta: da "anno 1987" ad "anno 1986".

Questa delibera della Giunta di Stima risulta notificata a Fini in Bologna, Via D'Azeglio 34, soltanto il 6 novembre 1991.

Del 19 dicembre 1991 è il ricorso presentato a questo Tribunale dall'avv. Nicolini per conto del dott. Fini avverso le delibere della Giunta di Stima 17 ottobre 1991 (notificata a Fini il 28 novembre 1991) e 18 aprile 1991 (notificata il 6 novembre 1991).

3. Precisato l'oggetto del ricorso, questo va preliminarmente ammesso.

**Nella verifica dei presupposti di ammissibilità devono trovare riscontro i requisiti e le condizioni dell'impugnazione consistenti nella giuridica esistenza del provvedimento impugnato, nell'interesse ad impugnare e nella legittimazione a farlo, nella obiettiva impugnabilità del provvedimento e nel rispetto dei termini previsti per la proposizione del reclamo.** Ora l'art. 48 della legge 1986 n. 155, stabilisce che contro le decisioni della Giunta di Stima l'Ufficio Tributario e i contribuenti possono ricorrere al giudice ordinario nel termine perentorio di 60 giorni dalla notifica della decisione che s'intende impugnare; il giudice ordinario è competente soltanto per i casi di violazione o falsa applicazione di legge, incompetenza o eccesso di potere.

Nel caso nostro sono state prodotte in atti dal ricorrente sia le delibere della Commissione per l'accertamento dei redditi delle persone fisiche, sia le impugnature delibere della Giunta di Stima. Tenuto conto della data in cui le delibere della Giunta di Stima sono state notificate al dott. Fini, tenuto conto d'altra parte della data in cui il dott. Fini ha interposto reclamo davanti a questo Tribunale, deve dichiararsi che il reclamo stesso è tempestivo.

Il reclamo è ammissibile sotto ogni altro aspetto, perché senza alcun dubbio ricorrono gli ulteriori requisiti e le ulteriori condizioni dell'impugnazione.

Non spetta ovviamente a questo giudice – spettava semmai alla Giunta di Stima quale autorità competente a decidere il reclamo – la verifica della tempestività e degli ulteriori requisiti di ammissibilità del gravame interposto avverso le decisioni (da considerarsi di primo grado) della Commissione per l'accertamento dei redditi delle persone fisiche.

4. Come si è detto, **l'art. 48 della legge 1984 n. 91 (testo vigente) ammette il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria solo nei casi in cui si ritenga che la decisione della Giunta di Stima sia viziata per violazione o falsa applicazione di legge, per incompetenza o per eccesso di potere. Quello del giudice ordinario è dunque un giudizio di legittimità e non di merito**, volto ad accertare la validità dell'atto impugnato, il quale deve essere stato emanato nel rispetto delle apposite regole giuridiche; con esclusione di ogni sindacato sull'opportunità dell'atto medesimo.

**I vizi che rendono l'atto amministrativo invalido perché illegittimo sono l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge.**

**Il vizio di incompetenza sussiste allorché l'autorità amministrativa abbia esorbitato dai limiti della propria competenza, invadendo quella di un'altra autorità amministrativa. L'eccesso di potere si ha tutte le volte in cui l'autorità amministrativa si avvale del potere di adottare un provvedimento per un fine diverso da quello specifico per il quale il potere le è stato conferito.** Esso incide sulla causa dell'atto sotto l'aspetto funzionale e si verifica tutte le volte che si riscontri sia una deviazione effettiva sia una deviazione potenziale dell'atto dalle sue finalità istituzionali. Sono le ipotesi nelle quali l'atto appare affetto da vizi logici, o determinato da una inesatta o incongrua rappresentazione della realtà, oppure irragionevole, presupposti in presenza dei quali l'atto fu adottato e le sue conclusioni. La violazione di legge ha

carattere residuale e riguarda tutte le ipotesi in cui l'autorità amministrativa disconosce le disposizioni e il significato di una norma di legge (cfr. sentenza di primo grado 24 ottobre 1994 in causa civile n. 1 del 1992).

**La mancanza o il grave difetto di motivazione, la mancanza o il grave difetto di contraddittorio fra la pubblica amministrazione e i privati interessati, rientrano nella violazione di legge e realizzano altresì eccesso di potere: è infatti principio generale dell'ordinamento sammarinese – accolto nella Dichiarazione 8 luglio 1974 (art. 14) e immediatamente cogente – quello per cui i provvedimenti amministrativi devono indicare le ragioni delle decisioni adottate, osservate le regole del contraddittorio.**

5. Entrambe le delibere della Giunta di Stima oggetto del ricorso in esame risultano viziate per violazione di legge ed eccesso di potere.

**Un primo e fondamentale elemento di contrarietà alla legge (rappresentata qui dalla normativa sulle imposte dirette) è ravvisabile nella conferma dell'accertamento di reddito operato d'ufficio e in modo sintetico dalla Commissione di primo grado stante la mancata dichiarazione del contribuente: conferma deliberata dalla Giunta di Stima – espressamente per l'anno 1985, implicitamente per il 1986 – senza tener conto dell'assoluta mancanza, nelle decisioni di primo grado, di indicazione delle circostanze di fatto e dei motivi di diritto capaci di giustificare l'attribuzione al dott. Fini di un reddito imponibile.**

**In altri termini le decisioni tanto della Commissione d'accertamento quanto della Giunta di Stima difettano d'ogni e qualsiasi elemento probatorio a sostegno della pretesa avanzata dal fisco, perché non indicano “elementi o circostanze certi” o “presunzioni precise e concordanti” o “fatti indiretti”, espressivi di capacità contributiva, indispensabili per procedere ad accertamento sintetico d'ufficio secondo il combinato disposto dagli artt. 43 e 46 (testo vigente) della legge 1984 n. 91.**

Giova osservare che l'omessa indicazione dei fatti e dei motivi sui quali avrebbe base la pretesa impositiva, se in sostanza si traduce in mancata dimostrazione del fatto generatore d'imposta, qui **rileva come violazione di legge per difetto di motivazione** (in particolare le decisioni della Giunta di Stima constano del solo dispositivo di conferma delle delibere della Commissione degli accertamenti, conferma per di più indiretta quanto alla delibera relativa al 1986) **e come abuso di potere per inesatta o incongrua rappresentazione della realtà, irragionevolezza, non consequenzialità fra i presupposti dell'atto e le sue conclusioni.**

Contro l'opinione espressa dalla procura di parte convenuta deve ritenersi che le norme appena ricordate (artt. 43 e 46 della legge 1984 n. 91) pongono a carico della pubblica amministrazione l'onere di dimostrare i fatti sui quali si basa la pretesa di applicare l'imposta. Questa prova non è stata data né di fronte alla Commissione né di fronte alla Giunta di Stima e neppure in questo giudizio. Prova contraria è stata indicata alla Commissione e alla Giunta, ed è stata chiaramente fornita in giudizio, dal dott. Fini. Né giova alla pubblica amministrazione elevare sospetti sul teste dott. Zafferani il quale si è limitato a riferire fatti dimostrabili “aliunde” ossia la propria nomina a procuratore della moratoria accordata alla S.A. Grandi Liquori, l'assunzione da parte sua e in tale veste dell'amministrazione della società fin dal 13 giugno 1984, il contestuale venir meno d'ogni attività retribuita del dott. Fini (“posso confermare che il dott. Fini non ha percepito alcun reddito da parte della società di cui ero controllore e amministratore nel

1985 e negli anni successivi”). In breve è a dirsi che parte ricorrente ha assolto l’onere di indicare specifici motivi di censura delle decisioni impugnate, facendo acquisire in causa prova della situazione di fatto alla quale fa riferimento: la mancata realizzazione da parte di Fini di fatti produttivi di reddito imponibile e quindi generatori d’imposta.

**6. Allo stesso modo rileva il difetto di contraddittorio di fronte alla Giunta di Stima.**

Di fatto sono state ignorate le ragioni e le specifiche doglianze del contribuente; per quanto qui interessa sono state disattese le disposizioni dell’art. 49 bis della legge 1984 n. 91 nel testo vigente (“le Commissioni e la Giunta di Stima si attengono al criterio del dibattimento tra Ufficio Tributario e contribuente”) nonché il principio del contraddittorio di cui all’art. 14 della Dichiarazione 8 luglio 1974.

**Rileva altresì la illogicità delle delibere impugnate**, o se si vuole la loro scarsa ragionevolezza, allorché esse qualificano il dott. Fini “libero professionista-commercialista” e nello stesso tempo gli attribuiscono un “reddito d’impresa”.

L’attore infine eccepisce fondatamente la tardiva notifica dell’accertamento, per inosservanza dei termini stabiliti dall’art. 47 della legge 1984 n. 91 nel testo modificato dall’art. 28 della legge 1986 n. 155 (gli effetti della modifica decorrono dal 1° gennaio 1987 ex art. 42 legge 1986 n. 155). Se bene interpretiamo, **parte attrice fa riferimento alla disposizione del secondo comma dell’art. 47 per cui “in caso di omessa dichiarazione l’atto di accertamento deve essere notificato entro il 31 dicembre del terzo anno successivo a quello in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata”**. A tenore del comma successivo “le notifiche avvengono a cura dell’Ufficio Tributario”. Deve ritenersi che l’osservanza del termine sia prescritta “a pena di decadenza”.

Consegue da ciò che l’accertamento operato d’ufficio e in modo sintetico dalla Commissione ex art. 46 doveva essere notificato al dott. Fini, a cura dell’Ufficio Tributario, a pena di decadenza: a) per il periodo d’imposta 1985 (anno in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata, 1986) entro il 31 dicembre 1989; b) per il periodo d’imposta 1986 (anno in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata, 1987) entro il 31 dicembre 1990.

Tale accertamenti invece sono stati notificati, tardivamente, il 3 gennaio 1990 e il 4 gennaio 1991. **Validità ed efficacia della notifica ad valvas, vantata dalla pubblica amministrazione, non possono essere prese in esame mancando prova di tale notifica, della data e delle modalità della stessa.**

Allo stato degli atti non è consentito decidere diversamente.

7. Deve dunque affermarsi la illegittimità delle predette delibere per violazione di legge ed eccesso di potere contenendo esse, mediante conferma delle decisioni della Commissione di primo grado, un accertamento di reddito operato in mancanza di elementi probatori capaci di fornire adeguata motivazione all’accertamento stesso e addirittura in presenza della prova contraria fornita dal contribuente avendo questi dimostrato di non aver percepito reddito imponibile in San Marino nel periodo d’imposta considerato (1985 e 1986). Ciò costituisce motivo di annullamento delle delibere impugnate, le quali d’altra parte si pongono in urto alla legge anche per violazione del criterio del dibattimento tra Ufficio Tributario e contribuente, applicazione particolare del principio fondamentale del contraddittorio. Inoltre per mancata considerazione delle norme sulla notifica degli atti di accertamento.

**Non è in vero consentito all’amministrazione dello Stato di adottare provvedimenti che non espongono le ragioni delle decisioni prese, determinati per di più da**

**inesatta rappresentazione della realtà o da non dimostrati presupposti di fatto, sottratti al vaglio del confronto e del contraddittorio, ignorando le ragioni esposte dal privato interessato e trascurando le garanzie rappresentate dal regime delle notificazioni.**

Già nel vigore della precedente disciplina delle imposte sul reddito la giurisprudenza sammarinese aveva stabilito che l'autorità competente a decidere il ricorso deve pronunciarsi sulle questioni presentate dal contribuente, accoglierle o respingerle; se omette di prenderle in considerazione vi è violazione di legge. Aveva altresì precisato il concetto di abuso di potere come fuorviamento o abuso della giurisdizione (sentenze di primo grado 18 agosto 1958 e 11 agosto 1951, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964, p. 139; 1963, p. 261). Più recenti decisioni, richiamate dalla difesa di parte ricorrente, hanno chiarito come la violazione del principio del dibattimento e del contraddittorio costituisca motivo per l'annullamento della delibera.

Per quanto si è detto vanno accolte tutte le domande del ricorrente.

Vanno dunque annullate perché illegittime le impugnate delibere della Giunta di Stima. Ciò posto, mentre da un lato deve ribadirsi che in questo giudizio non è dato stabilire se ed eventualmente quale onere fiscale gravi sul dott. Fini, d'altro lato però deve dichiararsi la totale invalidità e inefficacia dell'accertamento di reddito operato con le predette delibere della Giunta di Stima mediante conferma delle decisioni della Commissione di primo grado. Con conseguente inefficacia delle delibere della Commissione.

Parte convenuta, che ha resistito al ricorso e risulta ora soccombente, va condannata al pagamento delle spese e degli onorari di causa, da liquidarsi con provvedimento a parte.

### 138.

Commissario della Legge (Avv. P.E. Fazzini), 27 settembre 1995.

Rossi Iria (Avv. P.L. Bacciocchi) : Giardi Ercole e Vittorio (Avv. R. Bonelli) – Causa n. 115, anno 1992<sup>93</sup>.

### **Responsabilità civile aquiliana – Gara di velocità proibita – Cooperazione colposa.**

*La responsabilità personale è estesa a chiunque abbia concorso ad un atto colposo o lesivo, quando il danno è la conseguenza di una decisione presa in comune, o del concorso materiale di comportamenti, la risultante di una cooperazione di attività.*

---

(omissis)

### 139.

---

<sup>93</sup> Cfr. decisione di primo grado del 15 dicembre 1993; vedi Parte seconda, Sezione terza – Decisioni di primo grado, n. 107.



Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 6 novembre 1995.

Zanotti Catia (Avv.ti G. Burgagni e F. Ciacci) : Busignani Enrico (Avv. G.B. Busignani)  
– Causa n. 338, anno 1990.

**“Actio ex lege Aquilia” – Elementi costitutivi.**

*Sono elementi costitutivi dell’actio ex lege Aquilia il dolo o la colpa ed il nesso causale tra l’evento e la condotta del danneggiante, cioè il damnum e l’iniuria.*

---

**FATTO**

Con atto di citazione in data 10 dicembre 1990 la signora Zanotti Catia ha convenuto avanti a questo Tribunale il signor Busignani Enrico per sentirlo condannare “al pagamento di L. 10.000.000= in favore della signora Catia Zanotti, a titolo di risarcimento danni per la causale di cui in narrativa, con vittoria di spese, competenze ed onorari del presente giudizio”.

Esponeva l’attrice di essere gestore di un negozio adibito alla vendita di filati e merceria “i cui muri sono di proprietà del convenuto”. In data 24 luglio 1990 “nell’aprire il proprio negozio si è accorta che il pavimento era completamente invaso dall’acqua, con danni alla merce ed all’arredamento [...] Detto fatto si è verificato nella notte antecedente in quanto il Busignani, che abita nell’appartamento soprastante il negozio, aveva azionato una lavatrice, ed in presenze di scarico otturato, l’acqua era defluita nel lavandino asservito al negozio medesimo”. Lamentava che i danni erano “già stati periziati dall’Assicurazione del Busignani, e quantificati in complessive L. 10.000.000 (8 milioni per l’arredamento, 2 milioni per merce)”, e che nonostante i tentativi esperiti, tale danno non le era stato risarcito.

All’udienza fissata solo la procura attrice riproduceva l’istanza di citazione, mentre il convenuto non si costituiva sebbene l’atto introduttivo del giudizio fosse a lui stato notificato a mani proprie.

Nel corso del primo termine probatorio venivano ammessi, su istanza della procura attrice, quali testi i signori Terenzi Domenico e Busignani Luigi, escussi all’udienza del 18 aprile 1991, nel corso della quale si costituiva per conto del convenuto l’avv. Giovanni Battista Busignani. Veniva poi ammessa la perizia giudiziaria, nominando a tale ufficio il geom. Stefano Guidi.

In data 8 ottobre 1992 la procura convenuta sollevava l’eccezione di incompetenza di questo giudice per valore, respinta con decreto in data 19 ottobre 1992.

Nel corso dei successivi termini di prova venivano altresì ammessi documenti, e quali testi i signori Francesconi Roberto, Busignani Luigi, e Vannucci Alfio, escussi, rispettivamente, all’udienza del 27 maggio 1993, 3 febbraio 1994 e 15 dicembre 1994, nonché il giudiziale contraddittorio fra le parti in causa, esperito all’udienza del 4 aprile 1995.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All'udienza del 28 settembre 1995 si addiveniva alla irrotulazione della presente causa, dopo di che il fascicolo era trattenuto per la decisione. La procura attrice ha concluso chiedendo la condanna del convenuto "al risarcimento del danno alla signora Zanotti Catia, danno che è stato determinato e provato in L. 10.000.000=, nonché agli interessi legali, svalutazione monetaria, spese, competenze, onorari del presente giudizio, come di seguito specificati, e salvo le successive occorrenze [...] totale L. 5.410.000=".

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo: "respingersi la domanda dell'attore in quanto non esistono elementi provanti una qualche responsabilità di Busignani Enrico nel sinistro verificatosi. Si contesta altresì la quantificazione del danno fatta dalla parte attrice in quanto palesemente parziale ed ampiamente contraddetta dagli atti di causa. Si chiede condannare parte attrice al pagamento delle spese ed onorari che ci si riserva di quantificare".

### DIRITTO

1. Deve, in via preliminare, essere affermata la competenza di questo Giudice a conoscere della domanda proposta dall'attrice.

La presente causa è stata correttamente introdotta avanti al Commissario della Legge con atto di citazione in data 10 dicembre 1990.

Con Decreto Reggenziale in data 17 luglio 1991, peraltro, è stato elevato il limite della competenza per valore del Giudice Conciliatore da L. 5.000.000= a L. 20.000.000=.

L'art. 4 della legge 6 luglio 1984 n. 64, recante la "riforma dell'ufficio di Giudice Conciliatore", espressamente disciplina l'ipotesi della elevazione della competenza per le cause pendenti, stabilendo: "le cause pendenti avanti al Commissario della Legge e rientranti nella competenza del Giudice Conciliatore, che non siano state ancora poste in pro servato, possono essere rimesse al Conciliatore medesimo con Decreto del Commissario". Tale disposizione pone in evidenza il fatto che per le cause pendenti al momento della emanazione del decreto Reggenziale di modifica della competenza per valore del Giudice Conciliatore, permane la competenza del Commissario della Legge a deciderle, essendo allo stesso attribuita solo la facoltà di rimetterle al Giudice Conciliatore e non un obbligo ("*possono* essere rimesse al Conciliatore").

Tenuto conto che la richiesta della procura attrice è stata avanzata dopo l'apertura del secondo termine probatorio, quando erano peraltro già stati compiuti numerosi atti istruttori, ragioni di opportunità ed anche di economia di giudizio (posto che, qualora la causa fosse stata trasmessa al Giudice Conciliatore, questi avrebbe dovuto procedere alla fissazione dell'udienza per l'esperimento del prescritto tentativo di conciliazione) hanno indotto questo Giudice a non avvalersi della facoltà di trasmettere il fascicolo al Giudice Conciliatore, procedendo, quindi, alla decisione.

2. Passando all'esame del merito si osserva che l'attrice richiede il risarcimento di danni che essa afferma avere subito in conseguenza di un allagamento del proprio negozio. Tale allagamento ritiene l'attrice sia da ascrivere alla otturazione di un tubo di scarico proveniente dall'appartamento del convenuto. Questi avrebbe azionato la lavatrice, e l'acqua di scarico della stessa sarebbe rigurgitata all'esterno poiché il tubo era ostruito da scarti di cucina.

**L'azione esperita dalla parte attrice è, dunque, l'*actio ex lege Aquilia*, la quale mira ad ottenere il risarcimento dei danni che essa assume avere risentito in conseguenza di un comportamento antigiuridico posto in essere dalla parte convenuta.**

*E' a tutti noto lo sviluppo storico di tale azione. Il *damnum iniuria datum* è l'unico dei delitti civili previsti dal diritto romano classico ad essere sopravvissuto in quanto tale in epoca giustiniana (a differenza del furto, della rapina e dell'iniuria, che si trasformarono in illeciti rilevanti esclusivamente dal punto di vista penale), fino a divenire il fondamento dell'azione generale di responsabilità per fatto illecito oggi conosciuta.*

*In origine, infatti, tale azione era concessa per il caso di danneggiamento, doloso o colposo, di cose, animali e schiavi, purché il danno fosse arrecato esclusivamente "corpore corpori", vale a dire con lo sforzo muscolare dell'agente alla cosa nella materialità fisica. In epoca giustiniana, grazie alla ricca elaborazione della giurisprudenza classica e alla attività del pretore, attraverso lo strumento delle "actiones utiles" o "in factum", si giunse ad estendere la portata della azione di danno anche a tutti i casi in cui non vi erano danni "corpore corpori illati". In particolare, appare superato in tale periodo il requisito della materialità dell'azione dannosa e del danno, mediante la concessione di una *actio utilis* in caso di danno non corpore ma corpori datum e di una azione in factum in caso di damna arrecati non corpore e nemmeno corpori; sotto il profilo del nesso causale tra azione ed evento dannoso, viene elaborata un'ampia casistica di imputabilità per omissione, laddove, in origine, erano prese in considerazione solo le azioni che si esplicavano in un *facere* dell'agente. Quanto all'elemento soggettivo, viene abbandonato il primitivo concetto di imputabilità fondato sul rapporto di causalità tra il comportamento di una persona e la lesione altrui, e, quindi, attraverso il superamento della nozione oggettiva di iniuria si perviene alla configurazione della culpa come presupposto positivo ed autonomo della responsabilità, consistente nella mancanza di diligenza ovvero della negligenza contraria ad un dovere giuridico. In tal modo, il diritto giustiniano giunse ad "un'azione generale diretta ad ottenere il risarcimento del danno con funzione integrativa e sussidiaria di fronte ai singoli rimedi specifici" (così E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942, p. 246), ponendo le basi di una responsabilità generale nella quale, mentre si circoscrive con maggior rigore l'elemento soggettivo, ne viene allargato indefinitamente l'elemento oggettivo.*

*La dottrina del diritto comune, sulle basi poste dal diritto giustiniano, agendo sulla nozione di culpa, fece assurgere l'*actio ex lege Aquilia* ad azione generale per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da qualunque condotta antigiuridica posta in essere dall'agente nei confronti di persone e cose.*

*Gli elementi costitutivi di tale azione sono il dolo o la colpa ed il nesso causale tra l'evento e la condotta del danneggiante, e cioè il *damnum* e l'*iniuria*.*

*Il danno rilevante, seguendo la definizione pauliana in D.29,2,3, viene così definito dalla dottrina: "damni iniuria dati reparationem induxit lex Aquilia, [...]: ex quo orta actio legis Aquiliae adversus eos, qui *damnum iniuria, seu non iure dederint*. Danni nomine intelligitur *deminutio patrimonii*" - "I danni cagionati ingiustamente comportano la riparazione secondo la legge Aquilia: venendo in essere l'azione secondo la legge Aquilia contro coloro che hanno cagionato un danno ingiustamente ovvero contrariamente al diritto. Con il termine danno si intende la diminuzione del patrimonio" (T.M. RICHIERI, *Universa civilis et criminalis iurisprudencia*, lib. IV, tit.*

XL, cap. III, sectio III, § 2768). Si evince, pertanto, che il danno giuridicamente rilevante si concretizza in una diminuzione del patrimonio del soggetto leso.

L'iniuria è l'elemento soggettivo dell'illecito, e consiste nel dolo e nella colpa. Con particolare riguardo alla colpa, va rilevato come solo in epoca giustiniana essa assunse il significato tecnico di imperizia, di prevedibile non previsto o di imperizia nella propria arte o mestiere (*"culpam autem esse, quod cum a diligente prevederi poterit, non esset provisum; aut tum denunciatum est, cum periculum evitari non possit"*: D.9,2,31. Tale passo è attribuito a Paolo, ma viene considerato dalla dottrina come il risultato di una interpolazione giustiniana). La dottrina, in merito al danno arrecato ingiustamente - con iniuria -, enumera i casi "ne" quali reputasi inferito il danno con colpa, e quelli all'opposto nei quali esso è fuori dalla pena della legge siccome inferito di pien diritto od a caso", annoverando i seguenti: "sonovi altri che han da rispondere del danno da essi recato occasionalmente per dolo o per imprudenza o per imperizia, mentre adempiono a qualche uffizio, od altrimenti in cosa legalmente lecita. Vi sono altri contra i quali è data quest'azione perché la lesione fu fatta col loro aiuto, o per loro impulso, esortazione o consiglio. Vi sono altri tenuti a causa di petulanza; e da ultimo sonvi altri che, divenuti rei di danno per varie specie di fatti colpabili, vanno convenuti con l'azione diretta od utile della legge Aquilia" (J. VOET, *Commento alle Pandette, Libro IX, tit. II, n. 14*). La stessa dottrina, poi, esclude la sussistenza della colpa in conseguenza di comportamenti meramente omissivi: "ritenuto poi che nel diritto romano si conoscono due sorte di colpe, cioè la colpa di commissione, e colpa di omissione, vale a dire, colpa consistente in fare, e colpa consistente in non fare, ossia di omettere; vuolsi avvertire che la legge Aquilia pose compenso soltanto ad ogni danno recato per commissione, ossia facendo, oppure per commissione e per omissione insieme, che vale facendo e non facendo; ma non a quello che accade per sola omissione, a motivo che troppo dura cosa sarebbe che uno fosse tenuto per delinquente a cagione di una levissima colpa di omissione" (J. VOET, *op. cit.*, n. 3).

Da notare, poi, che in tale azione rileva anche la colpa lievissima (*"in lege Aquilia et levissima culpa venit"*: D.9,2,44). La responsabilità aquiliana, dunque, abbraccia ogni specie di colpa, con il solo limite del caso fortuito. Al riguardo la giurisprudenza sammarinese ha ben rilevato che la colpa lievissima "compromette la responsabilità del danneggiante fino al caso fortuito: *"de casu autem fortuito cum sit extra omnem humanam praevidentiam et providentiam, regulariter nemo tenetur, nisi in tribus casibus, scilicet: primo, quando culpa sua fuit data occasio tali casui fortuito, seu sua culpa praecessit casum fortuitum [...]; secundo quando intervenit pactum, quo quis se obligavit ad casum fortuitum [...]; tertio quando quis [...] commodatarius fuit in mora reddendi [...] commodatum et per hanc periit apud ipsum commodatarium, tunc enim commodatarius tenetur etiam de casu fortuito"* (cfr. L. FERRARIS, *Prompta bibliotheca*, to. II, p. 536, nu. 5 e p. 537, nu. 14" (così la sentenza del Commissario della Legge in data 7 marzo 1990 nella causa civile n. 124 dell'anno 1986).

In applicazione del generale principio sull'onere della prova, spetta alla attrice fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi dell'azione.

3. Qualificata l'azione esperita dalla attrice, occorre procedere a verificare la sussistenza, nella fattispecie, dei presupposti della stessa.

Non è controverso che i danni lamentati siano stati prodotti dall'allagamento del pavimento del negozio della attrice determinato dalla fuoriuscita di acqua da un lavandino posto all'interno dello stesso. Il teste Terenzi Domenico afferma che "è vero

che l'allagamento del negozio si è verificato in conseguenza della otturazione di un tubo. Preciso che nell'aprire il tubo ci siamo poi accorti che, nella parte sottostante il pavimento, era rotto". Il teste Francesconi Roberto ha confermato che "è vero quindi che l'allagamento si è verificato a seguito di otturazione di un tubo. Per quanto posso dire le cause del sinistro potrebbero essere attribuite agli scarichi della cucina, ove si trovano stuzzicadenti, tappini, ecc. oppure al deflusso delle acque della lavastoviglie ma non avendo eseguito io la riparazione non posso dire con certezza a quale fatto sia attribuibile. Ribadisco che nella specie si trattava di scarichi provenienti dalla cucina del signor Busignani". Nel corso del giudiziale contraddittorio la signora Zanotti ha confermato tali assunti, affermando: "in merito alle cause del danno l'idraulico che ho chiamato ha constatato che l'acqua proveniva dal lavandino, poiché vi era un tubo rotto nel muro che è stato ovviamente scoperto. Tale tubo proveniva dai piani soprastanti per finire nelle fognature; a tale tubo era collegato anche il mio lavandino. Ho potuto anche rilevare che vi erano insieme all'acqua dei residui di cibo". Il signor Busignani Enrico ha dichiarato, al riguardo: "confermo che i fatti sono sostanzialmente andati così come esposto dalla signora Zanotti". E' quindi a darsi quale dato acquisito e non più necessario di dimostrazione, che il danno è stato cagionato dalla fuoriuscita di acqua provocata dalla rottura di un tubo proveniente dalla cucina del signor Busignani, a seguito dell'otturazione dello stesso.

Acclarato l'*eventus damni* occorre verificare se incomba al convenuto l'obbligo di risarcirlo. In sostanza, accertato che l'acqua fuoriuscita proveniva dalla proprietà del convenuto, e che l'occlusione che ha determinato l'evento fosse da attribuirsi agli scarichi provenienti dalla sua cucina, si deve verificare se al medesimo convenuto può essere attribuita la responsabilità del danno. Anche in assenza di una prova delle specifiche cause che lo hanno determinato, non significa, infatti, che l'*eventus damni* non possa essere giuridicamente considerato avvenuto per *accidens*. Al riguardo, in fattispecie analoga alla presente, la giurisprudenza sammarinese ha affermato che **la posizione del convenuto "è quella che la dottrina del diritto comune identifica come una "damnificatio culpa culpata civili, vel politica tantum [...], qua esclusa omni voluntate nocendo proximo, omnique actione, vel omissione culpabili coram Deo, ac in conscientia, nihilominus damnum proximo infertur ex actione, vel omissione culpabili, vel defectuosa contra exactum modum agendi humanum. Et ex hac damnificatione culpata culpa civili, seu iuridica tantum, oritur pro foro externo obligatio resarcendi damnum, etiamsi culpa esset levissima" - "un danneggiamento per colpa riprensibile in civile, o soltanto politica [...], nella quale esclusa da ogni volontà di nuocere al prossimo, e da ogni azione, o da omissione colpevole davanti a Dio, e nella coscienza, nondimeno il danno viene inferto al prossimo per mezzo di una azione, o per mezzo di una omissione colpevole, o difettosa, contro l'esatto modo di agire umano. E da questo danneggiamento per colpa riprensibile in civile, o soltanto giuridica, nasce in foro esterno l'obbligazione di risarcire il danno, sebbene la colpa sia lievissima"** (cfr. L. FERRARIS, *Prompta Bibliotheca canonica iuridica ...*, Tomus secundus (C-D), ed. Venetiis 1777, p. 502, nu. 6-7). Dunque la sua responsabilità per l'*eventus damni* è di sicura natura extracontrattuale, cioè quella derivante dal *damnum iniuria datum*" (sentenza del Commissario della Legge in data 13 aprile 1994 nella causa civile n. 215 dell'anno 1991).

Proprio per tali principi, il convenuto proprietario della cosa che ha dato luogo alla produzione del danno è considerato civilmente responsabile dello stesso, consistendo la

sua colpa nel non avere usato gli accorgimenti necessari alla prevenzione del danno medesimo.

A tal proposito giova anche osservare che nel giudiziale contraddittorio le parti hanno concordemente affermato che il Busignani ha intimato lo sfratto alla signora Zanotti “motivandolo con la necessità di eseguire lavori nell’immobile anche relativi alle fognature che passano sotto il pavimento del negozio [...] lo scorso anno in primavera vi è stato un altro allagamento anche se molto minore”. Tale fatto dimostra che il convenuto era consapevole della necessità di opere di manutenzione degli impianti di tubazione.

4. Accertata la responsabilità del convenuto Busignani Enrico, occorre procedere alla quantificazione dei danni che l’attrice assume avere risentito.

Per quanto concerne le merci, il geom. Busignani, che per conto della compagnia Aurora Assicurazioni, presso cui era assicurato il convenuto, aveva iniziato le operazioni peritali, ha affermato di essere “arrivato alla conclusione mia personale che il danno ammontasse a L. 1.850.000=”. Tale importo è da ritenersi congruo, sia perché effettuato da un soggetto che non agiva nell’interesse dell’attrice, sia perché, comunque, lo stesso è molto vicino a quello richiesto dalla attrice con l’istanza di citazione. Non può, invece, essere tenuta nel debito conto la quantificazione operata dal perito giudiziale, in quanto relativa alle sole merci visionate ed ancora presente dopo due anni dal sinistro.

Problemi sorgono per gli arredi che l’attrice assume essere stati danneggiati. Il geom. Busignani, in merito agli stessi afferma in proposito di non essere d’accordo con la quantificazione operata dalla attrice “in quanto ritenevo che nella specie non si dovesse prendere in esame la sostituzione di pezzi di arredo danneggiati”, pur dando atto che non è stato fatto alcun calcolo. Il perito d’ufficio afferma, al riguardo, che i mobili componenti l’arredamento “a detta della negoziante sono stati riparati e in alcune parti sostituiti [...] quindi il sottoscritto non è in grado di dare una valutazione e stima dei beni, poiché alla data attuale è impossibile giudicare e stimare se le parti di arredamento rimaste sono state deteriorate dall’acqua o dall’usura”.

Parte attrice produce un preventivo della ditta Arredamenti Vannucci Alfio in data 30 luglio 1990, confermato dal titolare sotto il vincolo del giuramento all’udienza del 15 dicembre 1994.

In relazione al preventivo di spesa si segnala che - come già questo giudicante ha avuto modo di affermare - quando contenga l’indicazione specifica dei lavori e delle merci, può essere utilizzato dal giudice come elemento di prova per la formazione del suo convincimento. Tuttavia, in quanto attesta semplicemente che, all’esame dei mobili ed arredi sono stati riscontrati determinati danni, esprime una opinione circa il costo presumibile delle riparazioni e sostituzioni da eseguire, sebbene tale opinione sia rafforzata dalla disponibilità di colui che lo confeziona a compiere i lavori al prezzo indicato. Ciò vale ovviamente con specifico riferimento alla materia del risarcimento danni derivanti da responsabilità extracontrattuale, ove, quando il danneggiato abbia provato l’esistenza del danno e questo non possa essere provato nel suo preciso ammontare, è rimesso al giudice il potere di liquidarlo in via equitativa. Mancando peraltro, la prova che le riparazioni sono state effettivamente eseguite al prezzo indicato nel preventivo, e comunque, tenuto conto che è praticamente impossibile non tenere conto anche del normale deterioramento provocato dall’usura, che sicuramente ha concorso quanto meno nell’aggravamento del danno, si ritiene equo liquidare in L. 6.000.000= il danno all’arredamento.

Di conseguenza, deve essere liquidato il danno complessivo di L. 7.825.000= a favore dell'attrice.

5. La procura attrice richiede, inoltre la condanna dei convenuti al pagamento sulla somma liquidata degli "interessi legali", oltre ad una somma a titolo di indennizzo da svalutazione monetaria.

*Nulla quaestio* riguardo agli interessi richiesti.

**Sulla somma liquidata a titolo di risarcimento del danno vanno riconosciuti gli interessi al tasso legale dalla data del fatto illecito (24 luglio 1990) all'effettivo soddisfo. Tali interessi, come è noto, sono rivolti a compensare il pregiudizio derivante al danneggiato creditore dal ritardato conseguimento dell'equivalente pecuniario del danno subito e quindi costituiscono una componente del danno stesso, con la conseguenza che sono dovuti dal giorno in cui questo ebbe a prodursi. Relativamente alla domandata rivalutazione monetaria, invece, occorre ricordare che le obbligazioni nascenti da fatto illecito configurano un debito di valore, nel senso che fino al momento della liquidazione, la somma dovuta non è fissa nel suo ammontare numerico, ma variabile, in quanto tale somma di denaro non è dovuta come un bene a sé, bensì come valore di un altro bene.**

**Solo con la liquidazione** - effettuata dal giudicante considerando il valore, in quel momento, del bene - **il debito diventa di valuta, e, come tale, è soggetto al principio nominalistico proprio delle obbligazioni pecuniarie.** E' il giudicante, pertanto, che al momento della liquidazione deve tenere conto della svalutazione monetaria verificatasi dall'evento dannoso al pagamento. In altre parole, **l'obbligazione ex delicto ha per oggetto un quid che deve reintegrare in toto il patrimonio del danneggiato, con la conseguenza che, qualora si sia verificata tra il momento della produzione del danno e quello della sua liquidazione giudiziale definitiva, una diminuzione del potere d'acquisto della moneta, il giudice deve tenere conto di tale sopravvenuta svalutazione, al fine di rendere operante l'effetto riparatorio della condanna.**

Nel caso in esame deve essere rivalutata la somma liquidata a titolo di danni subiti dall'attrice, proprio perché la stessa riguarda unicamente il danno emergente.

6. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto, vanno posti a carico della parte convenuta sulla base del principio della soccombenza.

Va rilevato, infatti, che nell'ordinamento sammarinese la condanna del soccombente alla rifusione delle spese alla parte vittoriosa trova il fondamento normativo nello *ius proprium*, ed in particolare nel § 272, Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Rei Publicae Sancti Marini*. Il principio basilare in argomento è che ciascuna parte deve provvedere alle spese degli atti che compie, di quelli che richiede e di quelli necessari al processo, ivi compresi gli onorari del difensore: "sotto la denominazione di spese di lite si contengono le promeranze degli avvocati e dei procuratori, le sportule dei giudici, dei fanti e di altri subordinati al giudice; le spese occorse per la produzione de' testimoni" (Cfr. J. VOET, *Commento alle Pandette*, Libro XLII, tit. I, n. 26). Quella che tra le parti in causa, tuttavia, risulterà vittoriosa, ha il diritto di ottenere il rimborso dalla parte soccombente delle spese che ha sostenuto, e ciò a prescindere dalla attribuzione di responsabilità alcuna al soccombente, la quale - se sussistente - costituisce invece il presupposto della condanna per lite temeraria.

Il regolamento delle spese giudiziali è, dunque, una conseguenza legale della decisione della lite. La parte soccombente, pertanto, va identificata, alla stregua del principio di

causalità, in quella che, lasciando insoddisfatta una pretesa riconosciuta fondata, abbia dato causa alla lite, ovvero con quella che abbia tenuto nel processo un comportamento poi rivelatosi ingiustificato. Nella specie, la parte convenuta ha effettivamente lasciato insoddisfatta una pretesa della parte attrice riconosciuta fondata nel presente giudizio, nel corso del quale nessuna attività ha peraltro compiuto la parte convenuta per contrastare la pretesa medesima, limitandosi a contestare le domande attrici solo nelle allegazioni finali ed in assenza di contraddittorio fra le parti.

#### 140.

Commissario della Legge (Dott. Valeria Pierfelici), 6 novembre 1995.

Società Anonima C.E.S. (Avv. P.L. Bacciocchi) : S.A. Camif (Avv. M. Nicolini) – Causa n. 216, anno 1990.

#### **Azione di arricchimento senza causa – Presupposti – Disciplina.**

*L'arricchimento ingiustificato, che deve avere natura patrimoniale, consiste in una situazione, di diritto o di fatto, vantaggiosa per una delle parti a scapito dell'altra, senza giusta causa – iniuria - , sia tale situazione, comunque avveratasi, di carattere positivo, sia, invece, di carattere negativo.*

---

#### FATTO

Con atto di citazione in data 11 luglio 1990 la società anonima CES, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, ha convenuto avanti a questo Tribunale la società anonima C.A.M.I.F., in persona del suo legale rappresentante, per sentirla “dichiarare che i lavori effettuati dalla istante costituiscono miglioria del fabbricato di sua proprietà e quindi arricchimento sine causa e pertanto condannare al pagamento in favore dell'attrice di un indennizzo pari all'ammontare dei lavori effettuati. Il tutto con vittoria di spese e competenze del giudizio presente in caso di resistenza”.

Esponeva l'attrice di avere effettuato, su incarico della S.A. Silsa Doors, lavori edili nel fabbricato sito a Falciano in via O. Brizi, di proprietà della convenuta per un ammontare di L. 18.042.250=. La società Silsa Doors S.A. versava in situazione di moratoria ed esisteva il “fondato timore che la stessa non possa far fronte agli obblighi assunti”. Lamentava la parte attrice che i lavori effettuati “si sono concretizzati in miglioria del fabbricato di proprietà della convenuta, la quale deve presumersi, ne era senz'altro a conoscenza [...] rebus sic stantibus ne deriverebbe alla C.A.M.I.F. un arricchimento sine causa e pertanto contrario ai principi di diritto vigenti”.

All'udienza fissata per la seconda citazione si costituiva la convenuta a mezzo procuratore, il quale, nel concesso termine statutario per rispondere ed eccepire rilevava che “è chiaro e pacifico che la C.A.M.I.F. non ha commissionato alcun lavoro alla C.E.S. per cui nessuna obbligazione è nata a carico della C.A.M.I.F. a favore della C.E.S. Circa il supposto eventuale arricchimento illecito si osserva: a) la C.A.M.I.F. non ritiene che i



lavori effettuati dalla C.E.S. portino un maggior valore commerciale all'immobile. Si tratta di lavori che servivano per le lavorazioni specifiche della Silsa Doors. b) se ritiene la C.E.S. può ripristinare la situazione quo ante a propria cura e spese, senza obbligo per la C.A.M.I.F. di pagare alcuna somma. c) l'immobile de quo, secondo i progetti CAMIF, non appena sarà liberato dalle cose del concorso Silsa Doors, verrà abbattuto e ricostruito ex novo su un nuovo progetto".

Con comparsa in data 24 settembre 1992 la procura attrice faceva presente che il credito vantato dalla C.E.S. S.A. non era stato ammesso al passivo concorsuale della S.A. Silsa Doors in quanto i lavori si riferivano ad immobile di proprietà della C.A.M.I.F. S.A.

Nel coso dei rituali termini di prova venivano ammessi documenti e, quali testi, l'ing. Roberto Ragini, escusso all'udienza del 10 dicembre 1992, avv. Giuseppe Lonfernini, escusso all'udienza del 12 maggio 1994, e la signora Rosalba Spinalbelli, escussa all'udienza del 20 marzo 1995. Veniva altresì ammesso il giudiziale contraddittorio fra le parti in causa, che peraltro non aveva luogo per l'assenza della parte attrice.

Aperto il termine ad allegare entrambe le procure hanno depositato in atti le rispettive memorie conclusionali. All'udienza straordinaria del 20 luglio 1995 si addiveniva alla irrotulazione, dopo di che il fascicolo era trattenuto per la decisione.

La procura attrice ha concluso chiedendo: "a) dichiarare la convenuta tenuta, quale proprietaria, a rifondere le spese per migliorie poste in essere dalla Silsa Doors sul fabbricato e quindi condannare la S.A. C.A.M.I.F. al pagamento in favore della soc. an. CES della somma di L. 18.042.250= oltre ad interessi e danno da svalutazione economica; b) in subordine, accertata la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto che regolano la ripetizione dell'indebito arricchimento, condannare la convenuta CAMIF a rifondere all'attrice ex bono et aequo una somma pari all'ammontare dei lavori seguiti o quella somma che verrà ritenuta di giustizia; c) in ulteriore subordine, e se del caso, disporre accesso giudiziale per verificare l'effettiva esecuzione e la natura dei lavori eseguiti sullo stabile sito in Falciano in via O. Brizi n. 5, di proprietà della convenuta S.A. CAMIF. Il tutto con vittoria di spese e competenze del presente giudizio".

La procura convenuta ha, invece, concluso chiedendo: "1) di respingere in quanto infondata e comunque sfornita di qualsiasi prova l'azione proposta dall'attrice S.A. C.E.S. nei confronti della convenuta S.A. C.A.M.I.F. con l'atto introduttivo del giudizio avanzato l'11/7/1990; 2) per il principio della soccombenza, di condannare l'attrice S.A. C.E.S. al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, da liquidarsi con separato e successivo provvedimento, previa esibizione di analitica nota da parte di questo procuratore".

## DIRITTO

1. La società attrice esperisce dunque la presente azione al fine di ottenere dalla società convenuta il pagamento dei lavori effettuati nell'opificio di proprietà della CAMIF S.A. su incarico della S.A. Silsa Doors, ora estinta a seguito di giudiziale concorso fra i creditori.

La richiesta viene avanzata affermando, in via principale, che la proprietaria dell'immobile sarebbe comunque tenuta al pagamento della somma di L. 18.042.250=, a titolo di rifusione delle spese sostenute per le migliorie poste in essere sul fabbricato da parte della S.A. Silsa Doors, ovvero, in via subordinata, che comunque la società

convenuta sarebbe tenuta al rifondere alla attrice una somma pari ai lavori eseguiti, in applicazione del principio generale relativo all'indebito arricchimento.

La società convenuta eccepisce, all'atto della costituzione in giudizio, di "non avere mai commissionato alcun lavoro alla C.E.S. per cui nessuna obbligazione è nata a carico della CAMIF a favore della CES". Aggiunge, peraltro, che comunque i lavori effettuati non hanno portato ad un incremento del valore commerciale dell'immobile, il quale, stando ai progetti della proprietaria, dovrebbe essere abbattuto, dichiarando la propria disponibilità a che la società attrice ripristini a proprie spese lo *status quo ante*.

In sostanza, la convenuta contesta di avere commissionato i lavori alla società attrice, ma non nega, anzi conferma che i lavori sono comunque stati eseguiti. L'esecuzione dei lavori è confermata anche dalla testimonianza dell'avv. Giuseppe Lonfernini, curatore della S.A. Silsa Doors, il quale afferma "i lavori di cui è causa, pur non sapendo chi li ha commissionati, sono stati realizzati". Perde, dunque, rilievo la richiesta di accesso giudiziale avanzata dalla procura attrice dopo il decorso del termine di controprova, ed in estremo subordine ripetuta nelle finali allegazioni, proprio perché il sopralluogo avrebbe dovuto consentire al Giudice di verificare "l'esecuzione e la natura dei lavori eseguiti".

In definitiva, il *thema decidendum* della presente vertenza è costituito dall'accertamento dell'obbligo della società convenuta di tenere indenne la società attrice della somma di cui è rimasta creditrice in conseguenza di lavori edili effettuati nell'immobile di proprietà della società convenuta ed al momento dell'intervento occupati dalla società Silsa Doors.

Al riguardo si segnala che è pacificamente ammesso dalla parte attrice che i lavori non siano stati commissionati dalla società convenuta, dalla quale peraltro pretende di essere tenuta indenne, poiché comunque questi avrebbero costituito una miglioria nel fabbricato di sua proprietà. L'attrice, infatti, esperisce l'azione di arricchimento senza causa.

2. Avendo la parte attrice qualificato l'azione dalla stessa promossa, è d'uopo procedere alla analisi della disciplina che essa ha nell'ordinamento sammarinese, al fine di verificare quali sono i presupposti della stessa e come debba di conseguenza essere distribuito fra le parti l'*onus probandi*.

*Deve subito essere osservato che il diritto romano prima ed il diritto comune poi non hanno conosciuto l'azione generale di arricchimento senza causa, quale quella recepita nell'art. 2041 del codice civile italiano, secondo la quale chiunque abbia conseguito un arricchimento ingiustificato o privo di causa, con altrui danno, è tenuto nei limiti dell'arricchimento stesso alla restituzione o all'indennizzo per la diminuzione patrimoniale correlativa alla attribuzione senza causa, proprio perché essa costituisce il frutto dell'elaborazione della pandettistica tedesca. Tale concetto moderno di arricchimento senza causa comprende, infatti, sia le ipotesi tutelate dalle conditiones del diritto romano, sia anche altre ipotesi in cui taluno abbia convertito a proprio vantaggio una cosa altrui, o si sia comunque avvantaggiato di un altrui atto o fatto, senza che esista una ragione giustificativa della locupletazione e della devoluzione, analoghe alle figure dell'actio in rem verso utilis.*

*E' bene ribadire, infatti, che nel diritto romano classico la condictio indebiti, la condictio sine causa, la condictio causa data causa non secuta, ecc., avevano carattere tipicamente ripetitorio di una prestazione effettuata sine causa ovvero non ex iusta causa, ma non comprendevano il moderno concetto di arricchimento. Solo nel diritto giustiniano vengono poste le basi di una dottrina generale delle azioni contro l'ingiustificato arricchimento, con riferimento ai principi dell'equità naturale ("Jure*

*naturae aequum est, neminem eum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*": D.50,17,206; "nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores": D.12,6,14. Tali passi, attribuiti a Pomponio, sarebbero da ritenersi, secondo la dottrina romanistica moderna, chiaramente interpolati). Il richiamo giustiniano alla locupletatio conduce, infatti, a porre il fondamento dell'obbligazione e dell'azione non più nell'atto dell'alienante e nel difetto di una causa, bensì nel fatto dell'ingiustificato arricchimento dell'accipiente. E' qui interessante ricordare, a conferma del già ricordato carattere ripetitorio di tali azioni, che le stesse non erano accordate quando tra le parti era stato concluso un contratto illecito. Il fondamento del noto brocardo "in pari causa turpitudinis melius est condicio possidentis" - che sintetizza la regola moderna della non ripetibilità delle prestazioni effettuate per causa illecita - è, infatti, da individuarsi, tra l'altro, in D.12,7,5 ("Dixi, ob turpem causam dantis, at accipientis pecunia numeretur, cessare conditionem; et in delicto pari potiores esse possessores") e in D.12,4,8 ("porro autem si et dantis, et accipientis turpis causa sit, possessorem potiores esse: et ideo repetitionem cessare, tametsi stipulatione solutum esse").

Il richiamo al principio dell'ingiustificato arricchimento, come fonte di responsabilità patrimoniale, ricorre anche nei testi della compilazione giustiniana relativi all'actio de in rem verso, che era data contro il paterfamilias e contro il dominus nei casi in cui il figlio o il servo avessero riversato nel suo patrimonio ciò che avevano ricevuto da negozi con i terzi. In tale azione la utilis versio in rem costituisce il fondamento della responsabilità del padre o del padrone, ed era data nelle stesse ipotesi in cui sarebbe stata riconosciuta l'azione ad un mandatario o a un gestore d'affari; era data solo nei limiti dell'arricchimento esistente al momento della domanda, e pertanto era esclusa in tutti i casi in cui mancasse o fosse venuta meno la definitiva locupletazione ("in rem autem versus videtur, sive id ipsum, quod servus accepit, in rem domini convertit [...] Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deterorem": D.15,3,3,1-2. Cfr. anche D.15,3,2,3, e 10,6).

La dottrina del diritto comune, sulla scorta dello sviluppo risultante dalla compilazione giustiniana, agendo sulle conditiones, da un lato, e sull'actio de in rem verso, dall'altro, ha gettato le basi per la moderna concezione dell'arricchimento. Il Sabelli, in relazione alle conditiones enuncia il seguente principio: "Locupletari nemo debet cum aliena iactura, et ideo, si res mea, vel mihi debita, ad te pervenerit etiam ex actu meo et de mea voluntate, et nulla subest causa, vel subest sed iniusta, possum repetere vel conditione indebiti, vel sine causa, vel ex aequitate" - "Nessuno deve arricchirsi con altrui detrimento, e perciò se una cosa mia o a me dovuta, perverrà a te in conseguenza di un mio atto e di mia volontà, e non vi è alcuna causa, o vi è una causa ingiusta, la posso ripetere o secondo la conditio indebiti o sine causa oppure secondo l'equità" (Summa diversorum tractatum, v. Locupletatio, XIX, I). Il De Luca estende, invece, la portata dell'actio de in rem verso, configurandola come una actio negotiorum gestorum utilis ammessa come rimedio sussidiario, fondato sull'equità, da applicarsi nei casi di effettiva locupletazione, nei quali il danneggiato non potesse valersi contro l'arricchito di azione derivante da contratto o quasi contratto. Egli sostiene, infatti, che tale "aequitativa actio de in rem verso, vel utilis negotiorum gestorum" compete "ei, cuius pecunia in alterius negotium vel utilitatem versa est, quamvis inter eos nullus contractus,

*seu quasi, initus est, nullaque contracta obligatio, quae dicitur mater actionis personalis et sine qua dari non potest dari [...] licet de iuris rigore non detur actio absque obligatione, attamen de aequitate ista admittitur*” - “l’azione equitativa *de in rem verso* o azione utile di *negotiorum gestio* compete a colui, il cui denaro si è riversato nel negozio o utilità altrui, sebbene tra essi non vi sia alcun contratto, o quasi contratto, e non sia stata contratta nessuna obbligazione dalla quale nasca azione personale e senza la quale non può essere data azione [...] è lecito che il rigore del diritto non riconosca azione senza obbligazione, tuttavia questa è ammessa dall’equità” (*Theatrum veritatis et iustitiae*, VIII, Disc. 72, de credito ed debito, nn. 5-6. Cfr. anche J. VOET, *Commentariorum ad Pandectas*, Lib. XV, tit. IV, n. 1). Lo stesso Autore individua quale presupposto dell’azione l’arricchimento effettivo e definitivo: “*ad hoc, ut heac actio intret, non sufficit, ut alia pecunia in alterius negotium, vel utilitatem, versa sit, sed quod verum duret, spectato affectu, consistente in eo, quod alias iste contenderet de lucro, contra aequitatem prohibentem locupletatione de alieno. Ista vero locupletatione cessante, nulla subest ratio, ob quam contra tertium sine contractu, vel quasi, aliaque obligatione, actio competat*” - “a ciò, affinché sia ammessa questa azione, non è sufficiente che del danaro sia stato rivolto in un negozio o in una utilità altrui, bensì che tale rivolgimento permanga, dimostrando la volontà, consistente in ciò, che l’altro pretendesse di ottenere un lucro contro l’equità che proibisce l’arricchimento altrui. Invero, venendo meno la locupletazione, non vi è alcun motivo per il quale tale azione sia data in assenza di un contratto o quasi contratto o comunque di altra obbligazione” (*Op. loc. cit.*, n. 8, 123. Cfr. anche J. VOET, *op. loc. cit.* n. 4).

La nozione di “arricchimento” di cui parla il De Luca e gli altri Autori del diritto comune, è successivamente stata rielaborata dalla pandettistica tedesca. Al riguardo si segnala che il Windscheid, applicando all’istituto la teoria dal lui formulata della presupposizione, afferma: “Il fatto che alcuno coll’altrui patrimonio è stato arricchito in modo indebito, genera per lui l’obbligazione di restituire al danneggiato ciò, di cui egli è diventato più ricco. [...] l’arricchimento [...] può consistere in un aumento del patrimonio, od in una non diminuzione” (*Diritto delle Pandette*, 1° trad. it. a cura di Fadda e Bensa, Torino, 1904, vol. II, parte 2, § 421, p. 229 ss.). Nello stesso luogo l’Autore precisa: “Si ha una locupletazione anche nell’aumento del valore d’una cosa, che si ha già in proprietà? Soltanto sotto una delle due seguenti presupposizioni; a) l’aumento di valore ha anche per conseguenza un aumento di reddito, allora l’arricchimento consiste nel maggior reddito; b) pel proprietario la cosa è da vendere, allora l’arricchimento consiste nel sovrappiù del prezzo di vendita raggiunto” (nota n. 4). E’ peraltro da rilevare che tale Autore sviluppa la teoria generale dell’arricchimento muovendo dalla disciplina romanistica delle *condictiones*, mentre relega in un ambito del tutto residuale, con i presupposti previsti dal diritto romano classico, l’*actio de in rem verso*, contrariamente a ciò che fece la dottrina del diritto comune.

La giurisprudenza sammarinese ha ammesso sostanzialmente l’azione generale di indebito arricchimento fondandola dichiaratamente sull’*actio de in rem verso*, ma includendo nella stessa alcuni dei presupposti della *condictio*, così realizzando quella fusione tra i due istituti che consapevolmente solo la dottrina moderna ha effettuato, e che hanno dato luogo alle soluzioni poi trasfuse nei codici. In particolare, si afferma, dapprima, che “l’azione di ingiusta locupletazione (che in sostanza, racchiude anche l’*actio de in rem verso* cioè l’*actio de eo quod in rem domini versum est* [...]) richiede, in definitiva, i seguenti estremi: l’arricchimento, la mancanza di giusta causa, il danno

*altrui. L'arricchimento consiste in qualsiasi prodotto ottenuto sia come aumento diretto di patrimonio, sia col risparmio di spese che altrimenti si sarebbero dovute fare, sia coll'evitare perdite. La mancanza di causa giusta si ha quando manchi qualsiasi testo di legge o principio di diritto con cui si possa giustificare l'arricchimento. Il danno si ha quando le cose di una persona siano andate ad accrescere il patrimonio di altra persona, o rimanendovi in forma specifica o convertendosi in surrogati" (sentenza del Commissario della Legge in data 31 marzo 1933, in Giur. Samm., 1933-34, p. 35 s.). Successivamente, attingendo fortemente all'elaborazione della pandettistica, ed in particolare del Windscheid, la stessa giurisprudenza, quasi senza rendersene conto, innesta nella disciplina dell'actio de in rem verso la dottrina dell'arricchimento sviluppata sulle conditiones, delle quali vengono sommati i presupposti. In fattispecie analoga alla presente di lavori e prestazioni effettuate su incarico dei genitori per la costruzione di un fabbricato intestato ai figli è stato infatti stabilito: "il diritto romano comune [...] ammette [...] l'azione di ingiusta locupletazione quale rimedio generale diretto a tutelare coloro che agendo direttamente o contraendo con un terzo, altri avessero arricchito senza che concorressero i termini della rappresentanza, né potessero esperire altra azione. L'azione, in sostanza, si accorda ogni volta che una cosa appartenente alle sostanze di una persona, è passata, senza giusta causa, a vantaggio delle sostanze di un'altra persona [...] Gli estremi di detta azione [...] sono i seguenti: a) l'arricchimento della parte convenuta. Tale arricchimento consiste in qualsiasi profitto ottenuto sia come aumento diretto di patrimonio sia come risparmio di spese che altrimenti sarebbero dovute fare sia ancora con l'evitare delle perdite. Si tenga presente che tale arricchimento deve ancora esistere al momento della domanda giudiziaria [...]; b) che l'azione è data "quatenus locupletior facta est" e cioè nei limiti dell'arricchimento; c) l'ingiustizia di detto arricchimento e cioè la mancanza di una causa che possa, in base a testo di legge o a principi di diritto, giustificare l'arricchimento; d) il danno della parte attrice il quale si ha quando le cose di una persona siano andate ad accrescere il patrimonio di altra persona o rimanendovi in forma specifica o convertendosi in surrogati; e) la connessione di causa o un legame di dipendenza tra l'arricchimento e l'affare compiuto e cioè che vi sia un negozio giuridico posto in essere dal terzo nell'interesse e per conto dell'arricchito e che, quindi, la versione dipenda dal negozio stesso; f) la mancanza di altre azioni in quanto quella di arricchimento è una azione del tutto sussidiaria" (sentenza del Commissario della Legge in data 29 agosto 1958, in Giur. Samm., 1964, fasc. 2, p. 150 ss.).*

*Le due decisioni che abbiamo richiamato sono solo all'apparenza tra loro conformi. In realtà la seconda realizza un vero e proprio cambiamento di indirizzo. Nella prima trova infatti applicazione la dottrina del diritto comune, facente capo al De Luca, che tende ad espandere la portata dell'actio de in rem verso, fondando sulla stessa il presupposto per la ripetizione dell'arricchimento; nella seconda, invece, tale impostazione viene abbandonata, e viene accolta quella elaborata dai pandettisti, i quali, come detto, costruiscono la teoria generale dell'arricchimento senza causa sulle conditiones, ricomprendendo in esse anche le ipotesi che nel diritto comune erano state fatte rientrare nell'actio de in rem verso, alla quale viene restituita la limitata portata che aveva nel diritto romano classico.*

3. Svolte queste doverose premesse, stante la complessità dell'istituto in esame e la frammentarietà della disciplina, si deve provvedere a verificare la presenza dei requisiti sopra richiamati nella presente fattispecie.

E' indubbio che l'attrice non avrebbe avuto a disposizione altre azioni per far valere il proprio diritto, in quanto si è consumata l'azione verso la S.A. Silsa Doors a seguito della reiezione della domanda di insinuazione del credito nello stato passivo del concorso, e nessun rapporto è intervenuto tra l'attrice e la convenuta tale da attribuire alla prima una azione diretta di natura contrattuale.

Maggiori problemi suscita la verifica dell'esistenza di un legame tra il negozio concluso fra la S.A. C.E.S. e la Silsa Doors S.A. e il preteso arricchimento della CAMIF S.A. di cui è causa. Dall'esame degli atti emerge che Camif S.A. ha ceduto in uso l'immobile nel quale sono stati eseguiti i lavori alla Silsa Doors s.a., pur non essendo chiaro a quale titolo. Il geom. Cipolleschi, quale mandatario speciale del legale rappresentante della società convenuta, all'udienza dell'11 novembre 1994 ha dichiarato che "il fabbricato in questione all'epoca dei fatti risultava locato alla S.A. Silsa Doors di cui dobbiamo ancora riscuotere il canone", mentre la signora Spinalbelli Rosalba, già legale rappresentante della S.A. Silsa Doors ha affermato, all'udienza del 20 marzo 1995, che "la S.A. Silsa Doors ha occupato l'immobile di proprietà della Camif già Silsa a titolo di comodato, e a tal fine non pagava canoni di locazione". La stessa teste dichiarava di non ricordare "di avere avuto alcun rapporto con la CES S.A. per l'esecuzione di lavori, non conosco alcun componente della sa CES, non conosco nemmeno nulla dei lavori eseguiti all'interno dello stabilimento", precisando che "non sapendo dell'esistenza dei lavori è evidente che nemmeno ho potuto informare degli stessi la Camif S.A.". La teste, peraltro, risulta smentita dalla testimonianza dell'avv. Giuseppe Lonfernini, curatore del giudiziale concorso fra i creditori della S.A. Silsa Doors, il quale già nello stato passivo, e poi all'udienza del 12 maggio 1994, dichiara: "Non conosco il contratto intervenuto tra la Camif e la Silsa Doors, e non so nemmeno se esiste non avendolo reperito. Il credito insinuato dalla CES nel concorso Silsa Doors non è stato ammesso al passivo in quanto la signora Spinalbelli, amministratore della Silsa Doors, alla quale mi ero rivolto per chiarimenti in assenza di documentazione, mi ha dichiarato che nulla era dovuto alla CES perché la Silsa Doors non aveva mai ordinato i lavori alla CES". Nella motivazione della reiezione dell'ammissione dell'insinuazione al passivo si legge: "i lavori si riferiscono all'immobile di proprietà della S.A. Camif e pertanto la somma va a quest'ultima richiesta. [...] L'azione legale non doveva essere iniziata nei confronti della Silsa Doors, ma contro la Camif proprietaria dell'immobile".

Posto che, come detto, l'esecuzione dei lavori non è controversa tra le parti in causa, e che gli atti non consentono al giudicante di verificare i reali rapporti in essere tra la S.A. Camif e la S.A. Silsa Doors, è lecito trarre la conclusione che, indipendentemente da quale delle due società (rispettivamente, proprietaria e comodataria o locataria dell'immobile) avesse commissionato i lavori, resta il fatto oggettivo dell'esecuzione degli stessi e dell'accresciuto valore dell'immobile in conseguenza della realizzazione degli stessi. In entrambe le situazioni, infatti, comunque la S.A. Camif sarebbe tenuta: in un caso con l'azione derivante dal contratto di *locatio operis*, nell'altro, appunto, con l'azione di indebito arricchimento. Ciò va detto in linea generale, in quanto è pacificamente ammesso che non sia stata la CAMIF s.a. a commettere i lavori.

Si segnala che in merito a tale questione la procura convenuta richiama una decisione della giurisprudenza sammarinese in tema di rapporti tra proprietario e conduttore circa il rimborso delle spese effettuate da quest'ultimo nell'immobile locato, al fine di verificare se, in caso di risoluzione del contratto spetti al conduttore il rimborso delle stesse (sentenza del Commissario della Legge in data 31 luglio 1940, in *Giur. Samm.*,

1963, p. 111 ss.). Tale decisione non è allegabile nel caso di specie proprio perché non si discute del rimborso delle spese per lavori effettuati nell'immobile locato in caso di risoluzione del contratto di locazione. Tale problema coinvolgerebbe i rapporti diretti tra Camif S.A. e Silsa Doors S.A., che sono estranei al presente giudizio, nel quale vi è, invece, il terzo esecutore dei lavori che richiede il pagamento da colui che dagli stessi ha tratto vantaggio in quanto proprietario dell'immobile.

Che arricchimento, inteso come incremento patrimoniale, vi sia stato a detrimento dell'attrice è dunque da considerarsi dato acquisito, poichè esso consiste nei lavori di sistemazione dell'immobile per i quali nulla è stato pagato. La procura convenuta afferma, in contrario, che lo stesso non si sarebbe prodotto in quanto l'immobile sarebbe destinato alla demolizione. A tale eccezione ha già dato risposta la dottrina richiamata, la quale ha affermato che **l'arricchimento deve esistere al momento della domanda, a nulla rilevando comportamenti successivi, ed è indubbio che alla data dell'istanza di citazione l'immobile esistesse e che tuttora non sia stato abbattuto**. Il danno della parte attrice consiste nell'aver eseguito lavori senza aver conseguito il corrispettivo degli stessi.

In merito all'arricchimento si rileva, peraltro, che lo stesso non è stato documentato nell'entità. La parte attrice ha prodotto in atti una fattura intestata alla S.A. Silsa Doors, recante la descrizione dei lavori effettuati e l'importo complessivo degli stessi, indicato in L. 18.042.250=. Sulla scorta dei principi sopra richiamati risulta che, dovendo l'indennizzo essere limitato all'arricchimento subito dalla controparte, questo non potrà ovviamente coincidere con l'importo della fattura, a meno che ciò non sia espressamente provato.

La procura convenuta, nelle finali allegazioni, a tal proposito, richiamando la copiosa giurisprudenza, anche di questo Giudice, sull'efficacia probatoria della fattura nell'ordinamento sammarinese, conclude che l'attrice non avrebbe provato il proprio credito. Giova rilevare, tuttavia, che, nella specie, la fattura viene prodotta contro un terzo, e non nei confronti della controparte contrattuale. Questo giudice, ha già affermato che **nei rapporti con i terzi, non destinatari del documento, la fattura non può spiegare effetti, sulla base del principio generale che la posizione di un terzo non può essere influenzata da una dichiarazione di verità alla quale egli è rimasto estraneo. Essa, tuttavia, costituisce un elemento attraverso il quale il giudice può trarre elementi di giudizio e di convincimento, anche consistenti in semplici indizi e presunzioni, in quanto la fattura attesta un fatto e cioè - come nella presente fattispecie - che sono state eseguite determinate prestazioni**. Ciò assume preponderante rilievo nel caso in esame proprio perché tale documento non viene prodotto a prova di un diritto di credito, bensì a fondamento della richiesta di indennizzo, che sulla scorta dei principi di diritto comune richiamati, può essere liberamente determinato dal giudice facendo ricorso all'equità, per cui essa rappresenta - così come in materia di liquidazione dei danni derivanti da responsabilità aquiliana - solo un elemento atto a vincolare il Giudice nell'esercizio del potere che l'ordinamento gli conferisce.

Di conseguenza, sulla scorta delle premesse considerazioni, verificata la presenza nella fattispecie dei presupposti previsti dall'ordinamento per l'esperimento dell'azione di arricchimento senza causa, in via di equità, stante l'assenza di prova sul punto, e come già la richiamata giurisprudenza sammarinese ha effettuato in casi analoghi, questo giudice deve dichiarare che la convenuta Camif S.A. è tenuta a versare alla attrice CES

S.A. l'indennizzo pari ad un terzo dell'importo della fattura, che viene quantificato nella somma di L. 6.014.000=, con gli interessi al tasso legale del 7%, dalla data della citazione (11 luglio 1990) al saldo.

4. Le spese e gli onorari del presente giudizio, che saranno liquidati con successivo e separato decreto, vanno posti a carico della parte convenuta, sulla base del principio della soccombenza di cui alla Rub. XXXII, del Libro II, § 272 delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.



# INDICI



---

 INDICE SISTEMATICO
 

---

Presentazione	Pag.	3
---------------	------	---

**PARTE I  
GRADO STRAORDINARIO**

**SEZIONE PRIMA  
VERIFICA DI LEGITTIMITA'**

1.	D.	27/05/1991	Causa n. 203/1989 <b>Legittimità di norma – Verifica. Principio di eguaglianza.</b>	Pag.	7
2.	D.	1/12/1992	Procedimento penale n. 78/1990 <b>Legittimità di delibera consiliare – Verifica.</b>	Pag.	9
3.	D.	15/06/1994	Ricorso amm.vo d'appello n. 5/1993 <b>Legittimità delle leggi sull'obbligatorietà delle vaccinazioni antidifterica, antipoliomelitica, antipertossica – Verifica.</b>	Pag.	11

**SEZIONE SECONDA  
CONFLITTO DI GIURISDIZIONE**

1.	D.	12/11/1990	Ricorso n. 12/1990 <b>Conflitto fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria.</b>	Pag.	13
2.	D.	22/10/1995	Ricorso n. 15/1990 <b>Conflitto fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria.</b>	Pag.	13
3.	D.	22/10/1995	Ricorso n. 13/1998 <b>Contributi previdenziali – Sgravio – Natura di diritto sogettivo.</b>	Pag.	14

**SEZIONE TERZA  
DECISIONI DI GRADO STRAORDINARIO**

1.	D.	14/10/1993	Ricorso n. 28/1990; Cause nn. 293/1984; 282/1987; 282/1990 <b>"Restitutio in integrum" e "querela nullitatis" – Rimedi Straordinari.</b>	Pag.	16
2.	D.	14/10/1993	Causa n. 263/1983 <b>Restitutio in integrum – Principi.</b>	Pag.	16
3.	D.	18/10/1994	Causa n. 57/1987 <b>"Restitutio in integrum" e "querela nullitatis" – Rimedi Straordinari.</b>	Pag.	17
4.	D.	13/03/1995	Causa n. 196/1994 <b>Querela nullitatis – Rimedio straordinario.</b>	Pag.	18

**SEZIONE QUARTA  
DECISIONI SULLA COMPETENZA**

1.	D.	20/09/1991	Causa n. 342/1991 <b>Sequestro: competenza del giudice sammarinese – Inammissibilità di scissione dei giudizi di accertamento e conferma del sequestro.</b>	Pag.	19
2.	D.	14/02/1992	Causa n. 245/1988 <b>Competenza: "Forum destinatae solutionis" – "Forum ex Connexione vel continentia causae".</b>	Pag.	19
3.	D.	22/10/1992	Causa n. 237/1991 <b>Competenza: "Locus contractus inter absentes".</b>	Pag.	23
4.	D.	7/05/1993	Causa n. 125/1991 <b>Sequestro: concessione e conferma – Credito:</b>	Pag.	26

5.	D.	7/05/1993	<b>canonizzazione – Procedimento speciale unitario.</b> Causa n. 155/1992	Pag.	35
6.	D.	30/11/1993	<b>Competenza “Locus commissi delicti”.</b> Causa n. 111/1992	Pag.	38
7.	D.	9/06/1994	<b>Accettazione della giurisdizione – Eccezione declinatoria – Preclusione dell’eccezione.</b> Causa n. 53/1993	Pag.	44
8.	D.	9/06/1994	<b>Competenza “Locus contractus inter absentes”.</b> Causa n. 246/1993	Pag.	50
9.	D.	27/09/1994	<b>Assegno bancario non trasferibile – Sede dell’istituto di credito trattario – “Forum destinatae solutionis”.</b> Causa n. 12/1994	Pag.	65
10.	D.	27/09/1994	<b>Contumacia – Accettazione tacita della giurisdizione.</b> Causa n. 417/1993	Pag.	67
11.	D.	27/09/1994	<b>Contratto – Proposta ed accettazione – Atti prenegoziali – Perfezionamento.</b> Causa n. 186/1992	Pag.	69
12.	D.	25/04/1995	<b>“Declinatio iurisdictionis” – Effetto dilatorio – Irrilevanza.</b> Causa n. 125/1994	Pag.	84
13.	D.	26/07/1995	<b>“Forum rei conventi” o “Forum domicilii” – Foro esclusivo.</b> Causa n. 172/1994	Pag.	86
14.	D.	26/09/1995	<b>Obbligazione contrattuale – Competenza giudiziaria internazionale – Eccezione di difetto di giurisdizione – Clausola derogatoria – Nullità.</b> Causa n. 184/1994	Pag.	88
			<b>Eccezione declinatoria del foro – Proposizione.</b>		

## PARTE II GRADI DI MERITO

### SEZIONE PRIMA DECISIONI DI TERZO GRADO

1.	D.	7/03/1991	Causa n. 263/1985 <b>Lavoro – Contratto collettivo – Efficacia obbligatoria “erga omnes” – Trattamento più favorevole.</b>	Pag.	95
2.	D.	3/12/1992	Causa n. 56/1987 <b>Separazione dei coniugi – Assegno Alimentare – Funzione assistenziale.</b> <b>Scioglimento del matrimonio – Assegno periodico o divorziale – Contributo di solidarietà attiva.</b>	Pag.	102
3.	D.	7/05/1993	Causa n. 140/1984 <b>Edificio – “Vitium soli” – Costruttore – Presunzione di colpa.</b>	Pag.	121
4.	D.	28/06/1994	Causa n. 259/1984 <b>Servitù – Esercizio – Aggravamento – Modifica e trasferimento.</b>	Pag.	126
5.	D.	28/06/1994	Causa n. 97/1984 <b>Servitù prediale di passaggio – Possesso “ab immemorabili” – Prova.</b>	Pag.	132
6.	D.	22/07/1994	Causa n. 231/1988 <b>“Restitutio in integrum” – Rimedio straordinario avverso il giudicato.</b>	Pag.	138
7.	D.	24/01/1995	<b>Remissione in termini (“dilatatio”) – Strumento procedurale.</b> Causa n. 342/1981	Pag.	148
8.	D.	26/09/1995	<b>Contratto – Inadempimento – Dolo – Ricorso all’equità.</b> Causa n. 263/1985	Pag.	156

9.	D.	26/09/1995	<b>Proprietà – Immobile di proprietà comune “pro indiviso” – Vendita di quota della Proprietà – Diritto e onere del comproprietario.</b> Causa n. 111/1990 <b>Assemblea dei soci – Deliberazione – Consiglio direttivo – Competenza regolamentare – Fondo pensioni – Disciplina.</b>	Pag.	174
----	----	------------	--	------	-----

**SEZIONE SECONDA  
DECISIONI DI SECONDO GRADO**

1.	S.	8/03/1991	Causa n. 309/1990 <b>Lavoro – Licenziamento collettivo – Attività antisindacale – Repressione.</b>	Pag.	187
2.	S.	3/04/1991	Causa n. 75/1989 <b>Cambiale – Atto di protesto – Azione cambiaria – Prescrizione.</b>	Pag.	190
3.	S.	26/08/1991	Causa n. 479/1979 <b>Danno temuto – Azione – Requisiti – Perizia – Elemento probatorio.</b>	Pag.	190
4.	S.	13/11/1991	Causa n. 53/1987 <b>Responsabilità civile aquiliana – Gara – Compartecipazione.</b> <b>Risarcimento del danno: discrezionalità del giudice.</b>	Pag.	196
5.	S.	28/11/1991	Causa n. 140/1984 <b>Edificio – “Vitium soli” – Costruttore – Presunzione di colpa.</b>	Pag.	198
6.	S.	10/02/1992	Causa n. 56/1987 <b>Separazione dei coniugi – Alimenti – Mantenimento.</b>	Pag.	199
7.	S.	28/11/1992	Causa n. 40/1988 <b>Mandato – Mancanza ed eccesso – Institore – Responsabilità del proponente.</b>	Pag.	199
8.	S.	15/12/1992	Causa n. 208/1984 <b>Vendita – Vizi occulti della cosa venduta – Prova.</b>	Pag.	200
9.	S.	18/12/1992	Causa n. 152/1989 <b>Concorso dei creditori – Credito privilegiato per prestazioni di lavoro subordinato.</b>	Pag.	204
10.	S.	22/12/1992	Causa n. 42/1987 <b>Professioni Libere – Rapporto convenzionale – Diligenza.</b>	Pag.	206
11.	S.	28/01/1993	Causa n. 97/1984 <b>Servitù prediale di passaggio – Possesso “ab immemorabili” – Prova.</b>	Pag.	206
12.	S.	2/03/1993	Causa n. 259/1984 <b>Servitù – Aggravamento – Modifica e trasferimento.</b>	Pag.	219
13.	S.	9/03/1993	Causa n. 85/1986 <b>Pensione privilegiata – Revoca.</b>	Pag.	220
14.	S.	11/03/1993	Causa n. 216/1988 <b>Quietanza – Concetto giuridico.</b>	Pag.	222
15.	S.	11/03/1993	Causa n. 355/1988 <b>Azione revocatoria concorsuale – Buona fede – Concetto.</b>	Pag.	225
16.	S.	15/03/1993	Causa n. 183/1990 <b>Imposta – Bene strumentale – “Revocatio in duplum” – Incompetenza.</b>	Pag.	227
17.	S.	16/03/1993	Causa n. 919/1982 <b>Società di fatto – Scioglimento.</b>	Pag.	230
18.	S.	28/04/1993	Causa n. 386/1988 <b>Cessione dei beni – Concorso dei creditori – Processo concorsuale unico.</b>	Pag.	234
19.	S.	14/06/1993	Causa n. 178/1986	Pag.	236

20.	S.	28/06/1993	<b>Società – Riconoscimento giuridico – Revoca – Nullità</b> Causa n. 57/1987	Pag.	239
21.	S.	6/09/1993	<b>Responsabilità civile aquiliana “ex delicto” – Risarcimento – Danno Morale – Valutazione equitativa.</b> Causa n. 16/1990	Pag.	242
22.	S.	9/09/1993	<b>Allegazioni finali – Produzione – Termine perentorio. Documento – “Actio ad exhibendum” – Estremi.</b> Causa n. 342/1990	Pag.	246
23.	S.	10/09/1993	<b>Sequestro conservativo – Concessione – Cauzione – Imposizione – Provvedimenti strumentali, esecutivi, appellabili – Cognizione sommarissima.</b> Causa n. 231/1988	Pag.	251
24.	S.	19/10/1993	<b>“Restitutio in integrum” – Rimedio straordinario avverso il giudicato – Remissione in termini (“dilatatio”) – Strumento procedurale.</b> Causa n. 342/1981	Pag.	252
25.	S.	8/11/1993	<b>Contratto – Inadempimento – Colpa – Presunzione semplice.</b> Causa n. 159/1983	Pag.	252
26.	S.	16/11/1993	<b>Proprietà – Espropriazione per pubblica utilità – Criteri – Indennità.</b> Causa n. 193/1985	Pag.	256
27.	S.	29/11/1993	<b>Assicurazione – Compagnia assicuratrice cessionaria di altra sottoposta a liquidazione coatta – Responsabilità – Esclusione.</b> Causa n. 263/1993	Pag.	258
28.	S.	1/12/1993	<b>Appello – “Ius novorum”.</b> Causa n. 175/1989	Pag.	261
29.	S.	19/12/1993	<b>Lavoro – Assenza ingiustificata – Licenziamento – Motivazione.</b> Causa n. 238/1988	Pag.	264
30.	S.	28/12/1993	<b>Professioni libere – Onorario – Determinazione.</b> Causa n. 251/1985	Pag.	267
31.	S.	29/12/1993	<b>Contratto di cessione gestione licenza d’esercizio – Disdetta.</b> Causa n. 106/1987	Pag.	272
32.	S.	19/01/1994	<b>Servitù – Costituzione – Azione negatoria.</b> Causa n. 111/1990	Pag.	275
33.	S.	9/02/1994	<b>Assemblea dei soci – Deliberazione – Nullità e annullabilità.</b> Causa n. 29/1993	Pag.	275
34.	S.	23/05/1994	<b>Contestazione della lite – Eccezione di incompetenza del foro – Preclusione.</b> Causa n. 142/1989	Pag.	279
35.	S.	23/05/1994	<b>Vendita – Clausola risolutiva espressa – Validità.</b> Causa n. 165/1990	Pag.	280
36.	S.	6/06/1994	<b>Proprietà – Immobile di proprietà comune pro indiviso – Vendita di quota della proprietà – Diritto di prelazione del comproprietario – Sussistenza.</b> Causa n. 113/1990	Pag.	281
37.	S.	23/06/1994	<b>Contratto di locazione di azienda – Sublocazione – Sfratto.</b> Causa n. 247/1985	Pag.	283
38.	S.	22/08/1994	<b>Perizia d’ufficio – Vincolabilità per il giudice – Esclusione.</b> Causa n. 403/1988	Pag.	287
39.	S.	26/08/1994	<b>Responsabilità civile aquiliana “ex quasi delicto” – Danno – Risarcimento.</b> Causa n. 50/1985	Pag.	290
40.	S.	14/09/1994	<b>Imitazione servile di prodotti altrui – Responsabilità.</b> Causa n. 225/1991	Pag.	293
			<b>Lavoro – Invalido o portatore di deficit – Collocamento</b>		

41.	S.	24/11/1994	<b>obbligatorio - Incompetenza.</b> Causa n. 124/1992 <b>Provvedimento strumentale od ordinatorio - Inappellabilità.</b>	Pag.	296
42.	S.	21/08/1995	Causa n. 188/1994 <b>Obbligazione - Estinzione - Novazione - Delegazione.</b>	Pag.	301
43.	S.	26/09/1995	Causa n. 382/1988 <b>Responsabilità civile aquiliana - Danno Biologico - Risarcibilità - Criteri di valutazione e liquidazione.</b>	Pag.	308
44.	S.	24/11/1995	Cause nn. 233/1989; 308/1990 <b>Confessione extragiudiziale. Efficacia - Pegno di beni non inventariati. Esclusione di responsabilità del pignorante - Girata di favore di titolo cambiario - Inopponibilità al terzo estraneo - Concordato - Omologazione - Estinzione di azione nei confronti dei terzi coobbligati.</b>	Pag.	318
45.	S.	20/12/1995	Causa n. 273/1990 <b>Contratto di Agenzia - Recesso unilaterale per inadempimento dell'agente - Danni - Insussistenza.</b>	Pag.	328
46.	S.	21/12/1995	Causa n. 171/1985 <b>Amministrazione Pubblica - Impiego pubblico - Competenza - Organizzazioni sindacali - Legittimazione processuale - Limiti e condizioni.</b>	Pag.	334

#### SEZIONE TERZA DECISIONI DI PRIMO GRADO

1.	S.	11/01/1991	Causa n. 76/1989 <b>Concordato: azione revocatoria - Proponibilità. Documento - Produzione "in manica" - Riapertura dell'istruttoria.</b>	Pag.	335
2.	S.	11/01/1991	Causa n. 237/1988 <b>Contratto - Inadempimento - "Exceptio non adimpleti contractus" o "non rite impleti contractus".</b>	Pag.	341
3.	S.	29/01/1991	Causa n. 257/1986 <b>Contratto di appalto - Azione di responsabilità. Perizia.</b>	Pag.	341
4.	S.	29/01/1991	Causa n. 270/1986 <b>Vendita - Vizi della cosa venduta - Azione estimatoria.</b>	Pag.	347
5.	S.	30/01/1991	Causa n. 151/1988 <b>Giuramento decisorio - Deferimento - Riferimento.</b>	Pag.	348
6.	S.	11/02/1991	Causa n. 125/1987 <b>Colpa contrattuale - Danno risarcibile.</b>	Pag.	355
7.	S.	12/02/1991	Causa n. 40/1988 <b>Mandato - Mancanza ed eccesso - Institore - Responsabilità del preponente.</b>	Pag.	357
8.	S.	21/02/1991	Causa n. 243/1988 <b>Imposte - Ricorso contro la decisione della Giunta di Stima - Motivi di ricorso - Dividendi - Regime tributario.</b>	Pag.	360
9.	S.	25/02/1991	Causa n. 132/1986 <b>Responsabilità - Colpa Comune - Colpa Reciproca.</b>	Pag.	364
10.	S.	27/02/1991	Causa n. 16/1990 <b>Documento - "Actio ad exhibendum" - Estremi - Produzione "in manica".</b>	Pag.	367
11.	S.	27/02/1991	Causa n. 180/1989 <b>Litispendenza - Eccezione - Inammissibilità - Contratti di appalto e locazione d'opera - Distinzione - Disciplina - Domanda riconvenzionale - Proposizione.</b>	Pag.	367
12.	S.	4/03/1991	Causa n. 263/1987	Pag.	374

			<b>Vendita – “Actio empti” – “Actio venditi” – Azione di risoluzione del contratto.</b>	
13.	S.	6/03/1991	Causa n. 90/1989	Pag. 379
			<b>Prova – Onere probatorio in capo all’attore.</b>	
14.	S.	11/03/1991	Causa n. 43/1986	Pag. 382
			<b>Giudizio penale e civile – Rapporto. Responsabilità civile aquiliana – Danno biologico – Risancibilità – Criterio di liquidazione.</b>	
15.	S.	13/03/1991	Causa n. 251/1985	Pag. 389
			<b>Locazione – Area nuda di terreno – Contratto di cessione di gestione di licenza di esercizio – Società di persone.</b>	
16.	S.	13/03/1991	Causa n. 121/1990	Pag. 393
			<b>Imposte – Ritenuta a titolo d’imposta.</b>	
17.	S.	14/03/1991	Causa n. 234/1985	Pag. 396
			<b>Locazione – Canone – Determinazione – Danni all’immobile locato – Responsabilità.</b>	
18.	S.	18/03/1991	Causa n. 355/1988	Pag. 397
			<b>Azione revocatoria concorsuale – Buona fede – Concetto.</b>	
19.	S.	26/03/1991	Causa n. 12/1990	Pag. 401
			<b>Documento – Efficacia probatoria – Teste unico – Credibilità – “Exceptio non adimpleti contractus” o “non rite impleti contractus” – Eccezione dilatoria – Interessi moratori.</b>	
20.	S.	2/04/1991	Causa n. 386/1988	Pag. 406
			<b>Cessione dei beni – Concorso dei creditori – Processo concorsuale unico.</b>	
21.	S.	3/04/1991	Causa n. 282/1986	Pag. 412
			<b>Strade pubbliche – Obbligo di manutenzione.</b>	
22.	S.	3/04/1991	Causa n. 282/1987	Pag. 413
			<b>Responsabilità civile aquiliana – Provvisionale liquidata in sede penale – Titolo esecutivo – Contraddittorio – Violazione – Nullità – Responsabilità solidale per fatto illecito del conducente e del proprietario di autoveicolo – Danno risarcibile.</b>	
23.	S.	29/04/1991	Causa n. 245/1990	Pag. 420
			<b>Matrimonio – Separazione personale dei coniugi – Omologazione.</b>	
24.	S.	29/04/1991	Causa n. 106/1990	Pag. 421
			<b>Danno patrimoniale – Risarcimento – Danno emergente – Lucro cessante – Danno morale – Debito di valore.</b>	
25.	S.	8/05/1991	Causa n. 43/1987	Pag. 426
			<b>Lavoro – Rapporto di lavoro subordinato – Contratto di assistenza a malati o ad anziani.</b>	
26.	S.	15/05/1991	Causa n. 266/1989	Pag. 431
			<b>Morte presunta – Dichiarazione.</b>	
27.	S.	15/05/1991	Causa n. 164/1989	Pag. 434
			<b>Fideiussione – “Beneficium excussionis” “Beneficium divisionis” – Insussistenza – “Beneficium cadendarum actionum” – Concessione.</b>	
28.	S.	23/05/1991	Causa n. 174/1989	Pag. 436
			<b>Lavoro – Licenziamento collettivo – Requisiti – Esigenze tecniche aziendali.</b>	
29.	S.	3/06/1991	Causa n. 150/1989	Pag. 440
			<b>Concorso dei creditori – Opposizione ai titoli di credito insinuati – Sentenza di ammissione e graduazione dei crediti insinuati – Credito privilegiato per prestazioni professionali.</b>	
30.	S.	4/06/1991	Causa n. 151/1989	Pag. 444
			<b>Concorso dei creditori – Credito privilegiato per</b>	



31.	S.	7/06/1991	<b>prestazioni di lavoro subordinato.</b> Causa n. 106/1987	Pag.	448
32.	S.	12/06/1991	<b>Servitù – Costituzione – Azione negatoria.</b> Causa n. 57/1986	Pag.	450
33.	S.	1/07/1991	<b>Responsabilità “ex quasi delicto” – Prevedibilità del danno – Danno risarcibile – Onere probatorio.</b> Causa n. 161/1986	Pag.	453
34.	S.	8/07/1991	<b>Sentenza penale – Azione di responsabilità civile – Acque – Scolo naturale.</b> Causa n. 220/1989	Pag.	460
35.	S.	10/07/1991	<b>Concorso dei creditori – Azione revocatoria – Ipoteca convenzionale – Nullità.</b> Causa n. 115/1989	Pag.	463
36.	S.	10/07/1991	<b>Lavoro – Situazioni possessorie vantate dall'imprenditore – Tutela – Magistrato del lavoro – Incompetenza.</b> Causa n. 222/1990	Pag.	467
37.	S.	17/07/1991	<b>Contratto di trasporto – Vettore – Responsabilità – Esclusione.</b> Cause nn. 135/1986; 33/1990; proc. vol. giur. n. 130/1982	Pag.	472
38.	S.	24/07/1991	<b>Minore – Stato di abbandono – Potestà dei genitori: decadenza – Adozione.</b> Causa n. 150/1991	Pag.	474
39.	S.	24/07/1991	<b>Volontaria giurisdizione – Provvedimento dell'Autorità Giudiziaria italiana – Delibazione.</b> Causa n. 106/1989	Pag.	478
40.	S.	24/07/1991	<b>Rinuncia alla lite – Contestazione della lite – Decisione sul merito di causa.</b> Causa n. 182/1989	Pag.	478
41.	S.	2/08/1991	<b>Responsabilità civile aquiliana – Giudizio penale e civile: rapporto – Danno biologico – Risarcibilità – Criteri di liquidazione.</b> Causa n. 378/1988	Pag.	487
42.	S.	7/08/1991	<b>Confini – Azione di stabilimento dei termini – Azione di regolamento di confine.</b> Causa n. 287/1990	Pag.	487
43.	S.	23/08/1991	<b>Contratto di mutuo – Destinazione obbligatoria della provvista.</b> Causa n. 298/1981	Pag.	491
44.	S.	26/08/1991	<b>Transazione – Eccezione – Lesione enormissima – Rescissione.</b> Causa n. 59/1990	Pag.	497
45.	S.	26/08/1991	<b>Donazione – Insinuazione: mancanza – Nullità.</b> Causa n. 91/1990	Pag.	503
46.	S.	17/09/1991	<b>Locazione – Contratto – Cessione – Consenso del proprietario – Sublocazione – Effetto – Comodato.</b> Causa n. 268/1987	Pag.	508
47.	S.	18/09/1991	<b>Onere probatorio – Prova della domanda, da parte dell'attore; dell'eccezione, da parte del convenuto.</b> Causa n. 165/1990	Pag.	512
48.	S.	16/10/1991	<b>Fideiussione – Garanzia personale di natura convenzionale.</b> Causa n. 67/1989	Pag.	512
49.	S.	4/10/1991	<b>Confini – Azione di stabilimento dei termini – Azione di regolamento di confine – Azione rivendicatoria – Prescrizione acquisitiva.</b> Causa n. 259/1984	Pag.	517
			<b>Proprietà – Immobile di proprietà comune “pro indiviso” per ragioni di acquisto – Vendita di quota della proprietà – Diritto di prelazione del comproprietario – Insussistenza.</b>		

50.	S.	14/10/1991	<b>Servitù di passaggio – “Actio spoli” – Azione confessoria.</b> Causa n. 173/1990	Pag.	521
51.	S.	18/10/1991	<b>Onore – Diritto della personalità – Condotta lesiva – Responsabilità civile – Risarcimento del danno.</b> Causa n. 81/1985	Pag.	526
52.	S.	24/10/1991	<b>Concorso dei creditori – Beni di proprietà della moglie del decotto – Presunzione muciana.</b> Causa n. 28/1990	Pag.	530
53.	S.	28/10/1991	<b>Stato Civile – Rettificazione degli atti – Procedura – Cittadinanza sammarinese – Perdita per effetto del matrimonio con cittadino straniero – Reiscrizione – Termine perentorio – Decorrenza – Decadenza.</b> Causa n. 164/1986	Pag.	531
54.	S.	28/10/1991	<b>Condominio – Innovazioni</b> Causa n. 159/1983	Pag.	535
55.	S.	12/11/1991	<b>Proprietà – Espropriazione per pubblica utilità – Criteri – Indennità.</b> Causa n. 108/1989	Pag.	541
56.	S.	25/11/1991	<b>Credito – Cessione – Garanzia – Eccezioni opponibili – Sequestro: effetti in caso di cessione.</b> Cause nn. 119, 120, 127/1984	Pag.	544
57.	S.	13/12/1991	<b>Servizio socio-sanitario – Pagamento retta mensile per soggetti portatori di handicap – Obbligo – Insussistenza.</b> Causa n. 276/1987	Pag.	548
58.	S.	14/01/1992	<b>Danno – Caso fortuito – Avvenimento imprevedibile ed inevitabile.</b> Causa n. 377/1988	Pag.	552
59.	S.	3/02/1992	<b>Giuspatronato – Espropriazione per pubblica utilità – Azione possessoria – Giurisdizione ordinaria – Insindacabilità.</b> Causa n. 60/1990	Pag.	556
60.	S.	26/02/1992	<b>Contratto di spedizione – Contratto di trasporto – Oggetto – Responsabilità.</b> Causa n. 203/1984	Pag.	564
61.	S.	4/03/1992	<b>Consiglio Grande e Generale – Atto legislativo sotto il profilo formale – Insindacabilità giurisdizionale – Diritti di proprietà e di edificazione – Provvedimento permissivo dell’attività edificatoria – Revoca – Indennizzo – Determinazione – Perizia.</b> Causa n. 286/1985	Pag.	574
62.	S.	8/03/1992	<b>Eredità – Erede legittimario – Credito di legittima – Prova testimoniale contro le risultanze documentali – Inammissibilità – Controdedichiarazione – Efficacia solo tra le parti contraenti e non di fronte ai terzi.</b> Causa n. 297/1990	Pag.	578
63.	S.	10/03/1992	<b>Contratto di rappresentanza con mandato alla riscossione di crediti – Deposito degli stessi presso il mandatario – Omessa restituzione – Compensazione – Inammissibilità.</b> Causa n. 165/1985	Pag.	583
64.	S.	27/04/1992	<b>Fidejussione – Requisiti – Banca – Servizio incassi – Mandato – Ricevuta bancaria – Sconto – Inefficacia riguardo alla garanzia.</b> Causa n. 292/1990	Pag.	590
65.	S.	27/04/1992	<b>Assicurazione – Contratto – Disparità di posizione fra i contraenti – Clausola – Interpretazione – Buona fede.</b> Causa n. 164/1990	Pag.	596
66.	S.	8/05/1992	<b>Vendita – “Actio venditi” – “Actio doli” – “Dolus causam dans” – “Dolus incidens” – “Actio ex empto”.</b> Causa n. 137/1988	Pag.	603

			<b>Sicurezza sociale – Cure urgenti e all'estero – Convenzione italo-sammarinese in materia di sicurezza sociale.</b>	
67.	S.	13/05/1992	Causa n. 146/1983	Pag. 611
			<b>Successione legittima o “ab intestato” – Asse ereditario – Ricostruzione – Divisione – Lesione del fratello convivente oltre il quarto – Comportamento doloso del coerede – Rescissione.</b>	
68.	S.	16/06/1992	Cause nn. 13/1987; 389/1988	Pag. 611
			<b>Concorso dei creditori – Azione di simulazione – Prova – Caparra – Responsabilità civile – Azione revocatoria ordinaria.</b>	
69.	S.	1/07/1992	Causa n. 216/1988	Pag. 621
			<b>Perenzione d'istanza – Termine – Sospensione.</b>	
70.	S.	1/07/1992	Causa n. 158/1988	Pag. 621
			<b>Perenzione d'istanza – Ripresa del giudizio – Sanatoria – Pagamento delle spese giudiziali.</b>	
71.	S.	22/07/1992	Causa n. 197/1987	Pag. 624
			<b>Partito o movimento politico – Ente di fatto – Gestione interna e patrimoniale – Gruppo consiliare – Finanziamento.</b>	
72.	S.	23/07/1992	Causa n. 20/1990	Pag. 633
			<b>Matrimonio – Separazione consensuale dei coniugi – Transazione – Rescissione – Insussistenza.</b>	
73.	S.	12/08/1992	Causa n. 92/1982	Pag. 637
			<b>Cittadinanza – Nascita nello Stato da genitori ignoti – Riconoscimento – Effetti.</b>	
74.	S.	17/08/1992	Causa n. 142/1989	Pag. 640
			<b>Vendita – Clausola risolutiva espressa – Validità.</b>	
75.	S.	8/09/1992	Causa n. 225/1987	Pag. 644
			<b>Contratto di deposito – Presunzione di gratuità.</b>	
76.	S.	14/09/1992	Causa n. 66/1991	Pag. 647
			<b>Danno prodotto all'estero – Legge applicabile – “Lex fori” – Actio ex lege Aquilia - Presunzione di responsabilità – Convenzione internazionale sulla circolazione stradale.</b>	
77.	S.	16/09/1992	Causa n. 153/1990	Pag. 660
			<b>Cittadinanza sammarinese per origine – Minore – Adozione da cittadino straniero – Mantenimento – Consuetudine.</b>	
78.	S.	18/09/1992	Causa n. 239/1985	Pag. 661
			<b>Vendita – Patto di riscatto – Nullità.</b>	
79.	S.	21/09/1992	Causa n. 79/1988	Pag. 667
			<b>Proprietà – Accessorio per natura o per fatto dell'uomo.</b>	
80.	S.	23/09/1992	Causa n. 113/1990	Pag. 671
			<b>Contratto di locazione di azienda – Sublocazione – Opposizione del locatore – Disciplina vincolistica degli immobili – Inapplicabilità.</b>	
81.	S.	28/09/1992	Causa n. 235/1989	Pag. 677
			<b>Assegno bancario – Emissione incompleta o in bianco – Divieto – Postdatazione – Illiceità – “Pactum de non petendo” – Nullità – Girata – Disciplina.</b>	
82.	S.	5/10/1992	Causa n. 244/1986	Pag. 683
			<b>Assicurazione plurima – Coassicurazione – Surrogazione.</b>	
83.	S.	12/10/1992	Cause nn. 90/1988; 50/1989	Pag. 692
			<b>Locazione – Conduttore – Uso della cosa locata – Incendio – Responsabilità.</b>	
84.	S.	14/10/1992	Causa n. 341/1990	Pag. 699
			<b>Cittadinanza – Donna straniera coniugata con cittadino sammarinese – Facoltà di mantenere la cittadinanza di origine o di richiedere quella sammarinese – Termine non</b>	

85.	S.	23/11/1992	<b>perentorio.</b> Causa n. 45/1991	Pag.	699
86.	S.	1/12/1992	<b>Contratto di factoring – Cessione di credito – Ermeneutica contrattuale.</b> Causa n. 111/1990	Pag.	707
87.	S.	7/01/1993	<b>Assemblea dei soci – Deliberazione – Azione di Annullamento – Prescrizione – Eccezione di nullità.</b> Causa n. 288/1990	Pag.	708
88.	S.	11/01/1993	<b>Locazione – Contratto – Risoluzione consensuale per mutuo dissenso – Prova.</b> <b>Cessione – Sublocazione dell’immobile – Consenso del locatore – Novazione – “Exceptio non rite impleti contractus”.</b> Causa n. 257/1990	Pag.	719
89.	S.	11/02/1993	<b>Contratto di permuta – Inadempimento – Rimedi processuali – Chiamata in garanzia impropria – Responsabilità contrattuale – Danno – Risarcimento.</b> Causa n. 112/1990.	Pag.	727
90.	S.	2/03/1993	<b>Prova civile – Contraddittorio giudiziale – Confessione qualificata – Scindibilità e inscindibilità – Compensazione – Società a responsabilità limitata – Autonomia patrimoniale.</b> Causa n. 156/1992.	Pag.	734
91.	S.	8/03/1993	<b>Associazione di fatto tra professionisti – Inammissibilità – Comunione – Scioglimento – Arbitrato libero.</b> Causa n. 34/1991.	Pag.	736
92.	S.	8/03/1993	<b>Transazione – Inadempimento – Risoluzione.</b> Causa n. 289/1989.	Pag.	742
93.	S.	22/03/1993	<b>Sequestro conservativo – Concessione – Cauzione.</b> Causa n. 255/1990.	Pag.	750
94.	S.	14/04/1993	<b>Interessi – Compensatori – Moratori – Tasso convenuto e legale.</b> Causa n. 225/1991	Pag.	754
95.	S.	26/05/1993	<b>Lavoro – Invalido o portatore di deficit – Collocamento obbligatorio.</b> Causa n. 76/1989.	Pag.	754
96.	S.	16/06/1993	<b>Concordato – Azione revocatoria – Improprietà – Donazione della nuda proprietà di un bene in antiparte ai figli, dell’usufrutto alla madre – Insinuazione non prescritta – Donazione della nuda proprietà ai nipoti – Insinuazione omessa – Nullità.</b> Causa n. 178/1991.	Pag.	761
97.	S.	22/06/1993	<b>Segreto bancario.</b> Causa n. 100/1993.	Pag.	767
98.	S.	23/06/1993	<b>Denuncia di nuova opera.</b> Causa n. 54/1989.	Pag.	768
99.	S.	8/07/1993	<b>Imposta Bene strumentale – Attività aziendale – Qualificazione</b> Causa n. 273/1990.	Pag.	771
100.	S.	14/07/1993	<b>Contratto di agenzia – Mandato – Agente – Responsabilità – Recesso unilaterale</b> Causa n. 300/1990.	Pag.	780
101.	S.	3/08/1993	<b>Contratto agrario – Risoluzione – Coltivatore diretto – Imprenditore agricolo – Qualifica – Registri – Sfratto.</b> Causa n. 244/1993	Pag.	781
102.	S.	26/08/1993	<b>Denuncia di nuova opera – Azione di danno temuto.</b> Causa n. 275, anno 1990.	Pag.	781
103.	S.	4/10/1993	<b>Litisconsorzio necessario - Contraddittorio – Integrazione.</b> Causa n. 196/1991.	Pag.	785

104.	S.	4/10/1993	<b>Assegno bancario non trasferibile.</b> Causa n. 108/1983.	Pag.	789
105.	S.	13/10/1993	<b>Eccezione di cosa giudicata.</b> Causa n. 205/1991.	Pag.	795
106.	S.	3/11/1993	<b>Avvocato – Onorario – Liquidazione.</b> Causa n. 51/1992.	Pag.	795
107.	S.	15/12/1993	<b>Matrimonio – Separazione giudiziale dei coniugi – Addebito – Assegno di mantenimento – Comunione tacita familiare – Scioglimento – Comunione legale dei beni.</b> Causa n. 54/1992.	Pag.	796
108.	S.	27/12/1993	<b>Danno causato dal figlio – Padre – Obbligo al risarcimento.</b> Causa n. 69/1993.	Pag.	799
109.	S.	3/01/1994	<b>Proprietà – “Actio spoli”: Azione possessoria – Reintegrazione nel possesso – Eccezione.</b> causa n. 144/1992.	Pag.	804
110.	S.	4/01/1994	<b>Proprietà – Usucapione – Prescrizione acquisitiva.</b> Causa n. 312/1990.	Pag.	808
111.	S.	2/02/1994	<b>Assicurazione facoltativa – Rischio da responsabilità civile – Opponibilità al terzo danneggiato.</b> Causa n. 343/1990.	Pag.	817
112.	S.	14/02/1994	<b>Atto di citazione – Elementi essenziali – Carenza – Nullità. Testimone “de scientia” – Ammissibilità – Parere “pro veritate” – Allegazioni di tipo difensivo. Concorso dei creditori – Contratto di locazione – Vendita dell’immobile a pubblica asta – Diritto di prelazione del locatario – Condizioni.</b> Causa n. 275/1990.	Pag.	837
113.	S.	21/02/1994	<b>Vendita – Vizio del Consenso – Errore e dolo – Risarcimento del danno.</b> Causa n. 213, anno 1989.	Pag.	847
114.	S.	16/03/1994	<b>“Cautio iudicatum solvi” – Sequestro – Garanzia reale – Azione cautelare.</b> Causa n. 7, anno 1992.	Pag.	861
115.	S.	11/04/1994	<b>Lavoro – Abbandono del posto di lavoro – Licenziamento in tronco.</b> Causa n. 263/1991.	Pag.	867
116.	S.	9/05/1994	<b>Proprietà – Muro divisorio comune – Demolizione e ricostruzione.</b> Causa n. 16/1991.	Pag.	870
117.	S.	11/05/1994	<b>Sequestro di credito - Contratto di cessione in uso di circuiti – “Locatio rei et operis”.</b> Causa n. 225/1990.	Pag.	878
118.	S.	23/05/1994	<b>Diritto d’autore – Tutela penale e civilistica – Usurpazione di beni immateriali – Misfatto – Danno – Risarcimento – Determinazione.</b> Causa n. 237/1989.	Pag.	885
119.	S.	28/06/1994	<b>Comunione – Divisione – Aggiudicazione dei beni.</b> Cause nn. 39/1991 e n. 14/1992.	Pag.	889
120.	S.	12/09/1994	<b>Assicurazione – Contratto – Dichiarazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave dell’assicurato – Annullamento – Perizia contrattuale – Disciplina.</b> Causa n. 318/1989.	Pag.	906
121.	S.	21/09/1994	<b>Sentenza contumaciale – Opposizione – Ammissibilità – Requisiti.</b> Causa n. 93/1992.	Pag.	913
122.	S.	10/10/1994	<b>Comunione – Divisione – Procedimento di volontaria giurisdizione – Irritualità – Divisione volontaria – Transazione.</b> Causa n. 140/1993.	Pag.	921

		<b>Matrimonio religioso – Effetti civili – Cessazione – Separazione di fatto dei coniugi – Irrilevanza.</b>	
123.	S.	12/10/1994	Causa n. 66/1990. Pag. 925
		<b>Vendita – Promessa bilaterale accettata o sinallagmatica – Recesso – Esclusione – Esecuzione – Locatario – Diritto di prelazione.</b>	
124.	S.	25/10/1994	Causa n. 14/1990. Pag. 931
		<b>Servitù – Costituzione – Aggravamento – Risarcimento.</b>	
125.	S.	26/10/1994	Causa n. 1/1992. Pag. 932
		<b>Imposte e tasse – Ricorso avverso delibera della Giunta di Stima – Presupposti di ammissibilità – Motivi del ricorso.</b>	
126.	S.	9/11/1994	Causa n. 124/1991. Pag. 936
		<b>Successione testamentaria – Transazione tra i coeredi sulla divisione dell'asse ereditario – Diseredazione del figlio “inconsulto calore” – Erede generale ed erede legittimario – Testamento olografo – Testamento pubblico – Clausola derogatoria – Testamento non solenne – Validità.</b>	
127.	S.	23/12/1994	Cause nn. 199,261/1992. Pag. 952
		<b>Vendita – Immobile destinato ad attività imprenditoriali, professionali, di interesse sociale – Sfratto – Locatario – Diritto di prelazione – Limiti.</b>	
128.	S.	20/02/1995	Cause riunite nn. 158-162, 164-166, 168, 170, 184/1992. Pag. 964
		<b>Sicurezza sociale – Casa di riposo – Pagamento della retta di degenza.</b>	
129.	S.	22/02/1995	Causa n. 112/1989. Pag. 976
		<b>Procedura di concordato – Contratto di cessione di credito – Chirografario – Condizione risolutiva del voto favorevole del cedente all'approvazione del concordato – Nullità.</b>	
130.	S.	11/04/1995	Causa n. 142/1991. Pag. 983
		<b>Assegno bancario – Smarrimento o distruzione – Ammortamento – Decreto di volontaria giurisdizione – Opposizione.</b>	
131.	S.	11/05/1995	Causa n. 10/1988. Pag. 996
		<b>Vendita – Convenzione di lottizzazione – Inosservanza – Illecito civile – Responsabilità.</b>	
132.	S.	18/05/1995	Causa n. 89/1995. Pag. 1001
		<b>Sentenza Italiana – Delibazione – Giudizio di non contrarietà all'ordine pubblico interno.</b>	
133.	S.	23/05/1995	Causa n. 68/1991. Pag. 1004
		<b>Sentenza pronunciata tra altre parti – Irrilevanza – Eccezione.</b>	
134.	S.	19/06/1995	Causa n. 25/1991. Pag. 1012
		<b>Banca – Servizio d'incasso – Mandato – Diligenza del Mandatario – Responsabilità.</b>	
135.	S.	24/07/1995	Causa n. 184/1993. Pag. 1022
		<b>Domicilio – Dimora effettiva.</b>	
136.	S.	24/07/1995	Causa n. 310/1993. Pag. 1027
		<b>Amministrazione pubblica – Opere di urbanizzazione primaria – Oneri – Potere regolamentare.</b>	
137.	S.	8/09/1995	Causa n. 318/1991. Pag. 1033
		<b>Imposte e tasse – Ricorso avverso delibera della Giunta di Stima – Motivi del Ricorso: violazione o falsa applicazione di leggi, incompetenza, eccesso di potere.</b>	
138.	S.	27/09/1995	Causa n. 115/1992. Pag. 1040
		<b>Responsabilità civile aquiliana – Gara di velocità proibita – Cooperazione colposa.</b>	
139.	S.	6/11/1995	Causa n. 338/1990. Pag. 1040
		<b>“Actio ex lege Aquilia” – Elementi costitutivi.</b>	

140.	S.	6/11/95	Causa n. 216/1990. <b>Azione di arricchimento senza causa – Presupposti – Disciplina.</b>	Pag.	1048
------	----	---------	--	------	------

#### INDICI

Indice sistematico	Pag.	1059
Indice analitico	Pag.	1072

---

**INDICE ANALITICO**


---

Il numero accanto alla voce indica la pagina.

## &lt; A &gt;

**Abbandono**

- del Minore (stato di), 472

**Accessorio**

- alla Proprietà, 667

**Accettazione**

- del Contratto, 67

**Acque**

- Scolo naturale, 453

**Adozione**

- Cittadinanza, 660
- Condizioni, 472

**Agente**

- v. *Contratto, di agenzia*

**Alimenti**

- nella Separazione dei coniugi, 199

**Allegazioni**

- Finali in giudizio, termini, 242

**Annullamento**

- del Contratto di assicurazione per dichiarazioni inesatte, 889

**Appalto**

- Contratto, 341

**Appello**

- Ius novorum, inammissibilità, 258

**Arbitrato**

- Libero (per scioglimento comunione tra professionisti), 734

**Area**

- Locazione, 389

**Arricchimento**

- Azione, 1048

**Assegno**

- Alimentare (nella separazione dei coniugi), 102
- Bancario non trasferibile, 50, 785
- in bianco, posdatato, girata, 677
- Smarrimento e ammortamento, 983
- Periodico o divorziale (nella separazione dei coniugi), 102

**Assemblea**

- di Soci, deliberazioni, 174, 707

**Assenza**

- Ingiustificata sul lavoro, 308

**Assicurazione**

- Cessione del contratto (responsabilità), 256
- Contratto, interpretazione, 590
- Dolo e colpa assicurato, 889
- Facoltativa, opponibilità al terzo danneggiato, 808
- Plurima, 683

**Associazione**

- fra Professionisti (di fatto), 734

**Asta**

- Prelazione del locatario, 817

**Atto, Atti**

- di Citazione, elementi essenziali, 817
- Legislativi           formali,       insindacabilità  
giurisdizionale, 564
- Prenegoziali (nei contratti), 67
- di Stato civile, rettifica, 530

**Autore**

- Diritto, tutela, 878

**Avvocato**

- Onorario, liquidazione, 795

**Azione**

- Aquiliana, 647, 1040
- Arricchimento senza causa, 1048
- Estimatoria, 347
- ad Exhibendum, estremi, 242, 367
- Cambiaria, prescrizione, 190
- Confessoria di servitù, 517
- di Danno temuto, 190, 781
- Denuncia di nuova opera, 767, 781
- Negatoria di servitù, 272, 448
- di Responsabilità civile, 453
- Revocatoria concorsuale, 225, 235, 335, 397, 406, 460, 611; ordinaria, 611
- Riconvenzionale (domanda e proposizione), 367
- di Simulazione, 611
- di Spoglio (actio Spolii), 517, 799
- per Stabilimento dei termini e di regolamento confini, 487, 508



- Venditi, empti e di risoluzione della vendita, 374, 596

## &lt; B &gt;

**Banca**

- Segreto bancario, 761
- Servizio incassi, mandato, 583, 1012

**Bene, Beni**

- Immateriali, usurpazione, risarcimento, 878
- Strumentale, imposta, 227, 768

**Beneficio**

- Excussionis, divisionis, cadendarum actionum, 434

**Buona Fede**

- nell'Azione revocatoria concorsuale, 225, 397
- nel Contratto di assicurazione, 590

## &lt; C &gt;

**Cambiale**

- Girata di favore, 318
- Protesto, azione, 190

**Canone**

- di Locazione, determinazione, 396

**Caparra**

- Disciplina, 611

**Casa di Riposo**

- Rette di degenza, 964

**Cauzione**

- nel Sequestro conservativo, 246, 742, 847

**Cessione**

- in Antiparte di beni ai figli (non necessaria insinuazione), 754
- del Contratto (di gestione licenza), 267, 389; (di locazione), 590
- del Credito, 541

**Cessione dei Beni**

- e Concorso creditori, unicità della procedura, 234, 406
- Procedura concorsuale, prova 234, 406

**Citazione**

- Atto, elementi essenziali, carenze, nullità, 817

**Cittadinanza**

- da Adozione, 660
- Attribuzione per nascita da genitori ignoti, 637
- di Donna straniera coniugata, 699
- per Origine, 660

- Reintegrazione, termini, 530

**Clausola**

- Risolutiva, nella vendita 279

**Circolazione Stradale**

- Responsabilità, 364

**Colpa**

- Comune e reciproca (circolazione stradale), 364
- Contrattuale, danno risarcibile, 355
- per Inadempimento contrattuale, presunzione semplice, 252
- Presunzione nelle costruzioni, 121, 198

**Coltivatore**

- Diretto, 780

**Comodato**

- Contratto, 497

**Compensazione**

- Requisiti, 727

**Competenza**

- Eccezione di incompetenza, 275
- Forum: destinatae solutionis ex connexione vel continentiae causae, 19, 50
- Giudiziaria internazionale nei contratti, 86
- Locus commissi delicti, 35, 84
- Locus contractus inter absentes, 23, 44
- nel Sequestro, 19

**Comproprietario**

- Diritti ed oneri nella comunione, 156

**Comunione**

- Divisione, aggiudicazione dei beni, 885, 913
- Familiare tacita, 795
- pro Indiviso di proprietà, 156, 512
- Legale dei beni, 795
- fra Professionisti associati, 734

**Concordato**

- Azione revocatoria, improponibilità, 754
- Cessione credito, voto, 976
- Omologazione, 318

**Concorrenza sleale**

- Competenza, 84
- Fatto illecito, 84

**Concorso dei creditori**

- Ammissione e graduazione dei crediti insinuati, 440
- Beni della moglie, presunzione Muciana, 526
- Cessione dei beni, unicità del processo, 234, 406
- Opposizione a insinuazione di titoli, 440
- Privilegio per prestazione lavoro, 204, 444

- v. *Azione*

### **Confessione**

- Extra giudiziale, efficacia, 318
- Qualificata, 727

### **Confini**

- Azioni: stabilimento termini e regolamento di confine, 487, 508

### **Coniugi**

- Separazione, 102, 199, 633

### **Consiglio direttivo**

- di Associazione, competenza regolamentare, 174

### **Contestazione**

- della Lite, 275, 478

### **Contraddittorio**

- Giudiziale, 727, 781
- Violazione, nullità, 413

### **Contratto**

- di Agenzia, 328, 771
- Agrario, 780
- di Appalto, 341, 367
- di Assicurazione, 590, 683
- di Assistenza malati e anziani, 426
- Atti prenegoziali, 67
- Competenza giudiziaria internazionale, 86
- di Deposito, 578, 644
- Inadempimento, 148, 252, 341
- di Lavoro, collettivo, 95
- di Locazione (risoluzione, cessione), 708
- Prelazione del locatario, 817
- di Locazione, uso della cosa locata, 692
- di Locazione di azienda, sublocazione, 281, 671
- di Mutuo, destinazione provvista, 487
- Perfezionamento, 67
- di Permuta, 719
- Proposta ed accettazione, 67
- di Rappresentanza con mandato riscossione, 578
- di Spedizione, 556
- di Vendita, 837
- di Trasporto, 467, 556

### **Contributi previdenziali**

- Sgravio, Natura, 14

### **Contro dichiarazioni**

- Efficacia, 574

### **Contumacia**

- Giurisdizione, accettazione tacita, 65
- Sentenza, 906

### **Cosa giudicata**

- Eccezione, 789

### **Costruttore**

- Colpa, responsabilità 121, 198

### **Credito**

- Canonizzazione, 26
- Cessione, 541
- per Lavoro subordinato, privilegio, 204
- per Prestazioni professionali, privilegio, 440

< **D** >

### **Danno**

- Biologico, criteri di valutazione, 308, 382, 478
- Caso fortuito, 548
- del Figlio minore, 796
- ad Immobile locato, responsabilità, 396
- Morale, 421; per offesa all'onore, 521
- Onere probatorio, 450
- Patrimoniale, 421
- Prevedibile, 450
- Prodotto all'estero, competenza, 647
- Risarcibile per colpa contrattuale, 355
- Risarcibile per responsabilità aquiliana, 413, 450
- Risarcimento, 196, 287, 328, 421; per lite temeraria 512
- Temuto, azione di, 190, 718

### **Debito**

- di Valore, 421

### **Deposito**

- v. *Contratto*

### **Declinatio iurisdictionis**

- Effetto dilatorio, irrilevanza, 69

### **Deferimento**

- a Giuramento decisorio, 348

### **Delegazione**

- di Obbligazione, 301

### **Delibazione**

- di Provvedimento autorità giudiziaria italiana, 474, 1001

### **Delibera consiliare**

- Verifica legittimità costituzionale, 9

### **Denuncia**

- di Nuova opera, 767, 781

### **Deposito**

- Inammissibilità compensazione, 578

### **Diligenza**

-nella Professione libera, 206

**Dimora**

- Definizione, 1022

**Disdetta**

- del Contratto di gestione licenza, 267

**Diseredazione**

- del Figlio "inconsulto calore", 936

**Dividendi**

- Regime tributario, 360

**Divisione**

- della Comunione, aggiudicazione beni, 885, 913  
- Ereditaria, lesione, rescissione, 611; transazione 936

**Documento**

- Efficacia probatoria, 401  
- Produzione in giudizio, termini, 242  
- Produzione in manica, 335, 367

**Dolo**

- nei Contratti, 148, 596, 837

**Domicilio**

- Definizione, 1022

**Donazione**

- Insinuazione, effetti, 491, 754

< E >

**Eccezione**

- Declinatoria del foro, 88  
- non adimpleti contractus e non rite impleti contractus, 341, 401

**Edificabilità**

- Concessione, revoca, 564

**Edificio**

- Vitium soli, 121, 198

**Eguaglianza**

- Principio di, 7

**Equità**

- Ricorso nei contratti, 148  
- Valutazione nel danno morale, 239

**Eredità**

- Asse ereditario, ricostruzione, Lesione, 611  
- Legittimari, credito, prove, 574  
- v. *Successione*

**Errore**

- nel Contratto di vendita, 837

**Espropriazione**

- per pubblica utilità, 535  
- per Pubblica utilità, criteri, 252

**Erga omnes**

- Efficacia del contratto di lavoro, 95

**Estinzione**

- di Obbligazione, 301

< F >

**Fideiussione**

- Beneficium excussionis, divisionis, cadendarum actionum, 434  
- Convenzionale, 503  
- Disciplina, 583

**Fondo Pensioni**

- della SUMS, disciplina, 174

**Fortuito**

- Caso fortuito, imprevedibilità, inevitabilità, 548

**Forum, Foro**

- Destinatae solutionis; ex Connexione vel continentiae causae, 19, 50  
- Domicilii, 69  
- Eccezione declinatoria, 88, 275  
- Esclusivo, 69  
- Rei conventi, 69

< G >

**Gara**

- Compartecipazione, responsabilità aquiliana 196

**Garanzia**

- Impropria, chiamata, 719

**Giudicato**

- Eccezione di cosa giudicata, 789

**Giudizio**

- Penale e Civile, rapporto per responsabilità aquiliana, 382, 478

**Giuramento**

- Decisorio, deferimento, 348

**Giurisdizione**

- Accettazione, Eccezione declinatoria e sua preclusione, 38  
- Amministrativa e Ordinaria, conflitto, 13, 13  
- nella Contumacia, accettazione tacita, 72  
- Declinatio iurisdictionis, 69  
- Difetto, eccezione, 86

- Volontaria, procedimento, 913

### **Graduazione**

- dei Crediti insinuati, 440

## **< H >**

### **Handicap**

- Esenzione pagamento retta al CEP, 544

## **< I >**

### **Imitazione**

- Servile, responsabilità, 290

### **Immemorabile**

- Possesso, prova, 132, 206

### **Imposta, Imposte**

- su Beni strumentali, 227  
- Ricorso a Giunta di Stima, 360, 932, 1033  
- Ritenuta, 393

### **Imprenditore**

- Agricolo, 780

### **Inappellabilità**

- di Provvedimenti strumentali e ordinatori, 296

### **Incendio**

- Responsabilità del conduttore nelle locazioni, 692

### **Incompetenza**

- del Foro, eccezione, 275

### **Indennità**

- per Espropriazione, 252

### **Insinuazione**

- della Donazione, 491

### **Instutore**

- Compiti, 199

### **Interessi**

- Moratori, 401  
- Moratori e compensatori, 750

### **Interpretazione**

- del Contratto, 590

### **Invalido**

- Collocamento obbligatorio, 293, 754

### **Ipoteca**

- Convenzionale, nullità 460

### **Istruttoria**

- Riapertura, 335

### **Ius novorum**

- Inammissibilità dell'appello, limiti 258

## **< L >**

### **Lavoro**

- Assenza ingiustificata, 261; per abbandono posto lavoro, 861  
- Attività antisindacale, 187  
- Collocamento obbligatorio invalidi, 293  
- Contratto collettivo, efficacia, trattamento, 95  
- Invalidi, collocamento obbligatorio, 754  
- Licenziamento, motivazione, 261; in tronco, 861  
- Licenziamento collettivo, 187, 436  
- Subordinato, 426, 444

### **Legge**

- del Foro, giurisdizione, 647  
- v. *Atti, legislativi*

### **Legittima**

- Quota riservata nelle eredità, 574

### **Legittimità costituzionale**

- di Delibera consiliare, 9  
- Obbligatorietà vaccinazioni, 11  
- Principio di eguaglianza, 7

### **Lesione**

- Enormissima, nella transazione, 491  
- nella Successione legittima, 611

### **Licenza**

- di Esercizio, cessione della gestione, disdetta, 267, 389

### **Licenziamento**

- Collettivo, 187, 436  
- Motivazione, 261

### **Lite**

- Temeraria, risarcimento danno, 512

### **Litisconsorzio**

- Necessario, 781

### **Litispendenza**

- Eccezione, 367

### **Locazione**

- di Area nuda di terreno, 389  
- di Azienda, contratto, sublocazione, 281, 692  
- Canone, determinazione, 396  
- Cessione del contratto, 497, 708  
- Danni all'immobile locato, responsabilità, 396  
- d'Opera, 367  
- Rei et operis, 870

- Risoluzione consensuale, 708

### **Locus**

- Commissi delicti, 35, 84
- Contractus inter absentes, 23

### **Lottizzazione**

- Convenzione, inosservanza, 996

## **< M >**

### **Magistrato**

- del Lavoro, caso di incompetenza, 463

### **Mandato**

- nel Contratto di agenzia, 771
- Mancanza ed eccesso, 199
- di Riscossione crediti: della rappresentante, 578; della banca, 583, 1012

### **Mantenimento**

- nella Separazione dei coniugi, 199

### **Matrimonio**

- Religioso, effetti civili, 921
- Scioglimento, 102
- Separazione giudiziale, addebito 795
- Separazione personale, omologazione, 420, 633
- Transazione, rescissione, 633

### **Minore**

- Stato di abbandono, 472

### **Morte**

- Presunta, dichiarazione, 431

### **Movimento**

- Politico, v. *Partito politico*

### **Muro**

- Divisorio, comunione, demolizione e ricostruzione, 867

### **Mutuo**

- Contratto di, 487

## **< N >**

### **Nascita**

- da Genitori ignoti, cittadinanza, 367

### **Novazione**

- di Obbligazione, 301

### **Nullità**

- di Clausole derogatorie alla competenza internazionale nei contratti, 86
- della Donazione non insinuata, 491
- di Ipoteca convenzionale, 460

- di Revoca di riconoscimento giuridici di società, 236

## **< O >**

### **Obbligazione**

- Estinzione, novazione, delegazione, 301

### **Omologazione**

- della Separazione personale dei coniugi, 420

### **Oneri**

- di Urbanizzazione, 1027

### **Onorario**

- di Avvocato, liquidazione, 795
- Professionale, determinazione, 264

### **Onore**

- Natura, responsabilità per condotta lesiva, 521

### **Opposizione**

- ad Insinuazione, 440

## **< P >**

### **Parere**

- pro Veritate, ammissibilità, 817

### **Partito politico**

- o Movimento, gestione, finanziamenti, 624

### **Pegno**

- di Beni non inventariati, 318

### **Pensione**

- Privilegiata, revoca, 220

### **Perenzione**

- di Istanza, termini, 621, 621

### **Perfezionamento**

- del Contratto, 67

### **Perizia**

- Contrattuale, nell'assicurazione, 889
- Elemento probatorio, 190, 341, 564
- d'Ufficio, 283

### **Permuta**

- Contratto, inadempimento, 719

### **Possesso**

- Azioni di reintegrazione e di spoglio, 799
- Immemorabile, 132
- dell'Imprenditore, organo di tutela, 463

### **Potestà**

- dei Genitori, decadenza, 472

**Prelazione**

- del Comproprietario nella comunione, insussistenza, 512
- del Locatario (in caso di asta pubblica), 817; nella vendita, 925, 952

**Prescrizione**

- Acquisitiva, nei confini, 508; della proprietà, 804
- di Azione cambiaria, 190

**Presunzione**

- Muciana, 526

**Privilegio**

- del Credito di lavoro subordinato, 204, 444
- del Credito per prestazioni professionali, 440

**Procedimento**

- Cautelare, 26

**Produzione**

- di Documenti in giudizio, 242
- in Manica, 335, 367

**Professione**

- Libera, determinazione onorario, 264
- Libera, rapporto e diligenza, 206

**Professionista, Professionisti**

- Associazione di fatto, 734

**Proposta**

- Contrattuale, 67

**Proprietà**

- Accessorio, 667
- Acquisto per usucapione, 804
- Actio spoli, 799
- Comune pro indiviso, 156, 512
- Espropriazione per pubblica utilità, 535
- Ius Aedificandi, 252, 564
- del Muro divisorio, 867
- v. anche *Comunione*; *Quote*.

**Protesto**

- di Cambiale, 190

**Prova**

- Confessione, 727
- Contraddittorio, 727
- Documentale, 401
- dell'Immemorabile, 132, 206
- Onere, 379, 503
- della Simulazione, 611
- dei Vizi occulti nella vendita, 200

**Provvedimento**

- Strumentale o ordinatorio, inappellabilità, 296

**Provisionale**

- Liquidazione in sede penale, titolo esecutivo, 413

## &lt; Q &gt;

**Querela nullitatis**

- Rimedio straordinario, 16, 17, 18

**Quietanza**

- Produzione, definizione, 222

**Quote**

- di Comproprietà, vendita 156

## &lt; R &gt;

**Recesso**

- Unilaterale (nel contratto di agenzia), 328, 771
- nella Vendita, 925

**Remissione in termini (Dilatio)**

- Strumento procedurale, 138, 251

**Rescissione**

- per Lesione enormissima nella transazione, 491

**Responsabilità**

- Civile aquiliana, 196, 239, 287, 308, 382, 413, 478, 647, 1040
- Civile e penale, differenze, 453
- Comune e reciproca (circolazione stradale), 364
- del Costruttore di edificio, 121, 341
- per Danni ad immobile locato, 396
- per Imitazione servile, 290
- nelle Locazioni per uso cosa locata, 692
- ex Quasi delicto, 450
- del Padre per danni del figlio, 796
- Presunzione nella circolazione stradale, 647
- Solidale del conducente e proprietario veicolo, 413
- del Vettore nel trasporto, 467

**Restitutio in integrum**

- Principi, 14
- Rimedio straordinario, 16, 17, 138, 251

**Revoca**

- di Pensione privilegiata, 220
- di Riconoscimento giuridico di società, 236

**Revocatio**

- in Duplum, definizione e competenza, 227

**Revocatoria**

- v. *Azione*

**Ricevuta**

- Bancaria, 583

**Riconoscimento**

- Giuridico di società, revoca, nullità 236

**Riconvenzionale**

- Domanda e proposizione dell'azione, 367

**Rimedi straordinari**

- v. *Querela nullitatis; Restituito in integrum.*

**Rinuncia**

- alla Lite, 478

**Risarcimento del danno**

- ex Lege Aquilia, 287
- di Danno biologico, valutazione e liquidazione, 308, 382
- del Danno causato dal figlio, 796
- del Danno per errore e dolo nella vendita, 837
- Discrezionalità del giudice, 196
- Morale, valutazione equitativa, 239, 421
- Patrimoniale, 421
- per Usurpazione di beni immateriali, 878

**Riscatto**

- Patto, nella vendita, 661

**Risoluzione**

- di Contratto agrario, 780
- della Vendita, azione, 374

< S >

**Scioglimento**

- di Società di fatto, 230

**Scolo**

- Naturale di acque, 453

**Sconto**

- Contratto bancario, 583

**Sindacati**

- Attività antisindacale, repressione, 187

**Segreto**

- Bancario, 761

**Sentenza**

- Contumaciale, 906
- Delibazione, 1001
- Inefficacia su parti estranee, 1004

**Separazione**

- dei Coniugi, 102, 633; di fatto, 921

**Sequestro**

- Accertamento e conferma, inammissibilità scissione giudizi ,19
- Cautelare, 847
- Competenza, 19
- Concessione e conferma, 26, 246, 742
- Conservativo, 742
- di Credito ceduto, effetti, 541, 870
- Procedimento cautelare, 26, 246
- Provvedimenti strumentali, esecutivi, appellabilità, 246

**Servitù**

- Azione negatoria, 272, 448
- Costituzione, 272, 448; aggravamento e risarcimento, 931
- Esercizio, aggravamento, modifica, 126, 219
- di Passo, 132, 206, 517

**Sfratto**

- nel Contratto di locazione di azienda, 281, 952

**Sicurezza sociale**

- Casa di riposo, rette di degenza, 964
- Cure all'estero, convenzioni , 603
- Servizio sociosanitario, criteri ispiratori, 544

**Simulazione**

- Azione, 611

**Società**

- di Fatto, scioglimento, 230
- di Persone, 389
- a Responsabilità limitata, autonomia patrimoniale 727
- Riconoscimento giuridico, revoca, 236
- Unione mutuo soccorso, 174

**Stato civile**

- Atti, rettificazione, 530

**Strade**

- Pubbliche, manutenzione, 412

**Sublocazione**

- Effetto, 497

**Successione**

- Legittima o ab intestato, 611
- Testamentaria, 936

**Surrogazione**

- nell'Assicurazione, 683

< T >

**Tassa**

- v. *Imposte*

**Tasso**

- su Interessi moratori, compensatori, 750

- Delibazione, 474

***Testamento***

- Olografo, pubblico, 936

***Testimone***

- de Scientia, 817

- Unico, credibilità, 401

***Transazione***

- Disciplina, 736

- nella Divisione della comunione, 913;

- nella Divisione testamentaria, 936

- Eccezione, rescissione, 491

- Inadempimento, risoluzione, 736

- nella Separazione fra coniugi, 633

***Trattamento***

- più Favorevole nel contratto di lavoro, 95

< U >

***Urbanizzazione***

- Opere, oneri, poteri della p.a., 1027

***Usucapione***

-Acquisitiva, 804

***Usurpazione***

- di Beni immateriali, risarcimento, 878

< V >

***Vaccinazioni***

- Obbligatorietà:        verifica        legittimità  
costituzionale, 11

***Vendita***

- Azioni (empti, venditi, risoluzione), 374, 596

- di Beni il lottizzazione, 996

- Clausola risolutiva espressa, validità, 279, 640

- di Immobile per attività imprenditoriali, sfratto,  
952

- Patto di riscatto, nullità, 661

- Prelazione del locatario, 925, 952

- Promessa bilaterale sinallagmatica, 925

- Vizi, 200, 347, 837

***Vettore***

- Responsabilità nel contratto di trasporto, 467

***Vitium soli***

- nelle Costruzione di edificio, 121, 198

***Vizio***

- Occulto della cosa venduta, 200

- del Consenso, nella vendita, 837

***Volontaria Giurisdizione***