



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO
ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE

UN DIRITTO PRIVATO NON CODIFICATO



a cura di
Paolo Pascucci

*Atti del Seminario in occasione della
presentazione del libro di Valeria
Pierfelici “Lineamenti di diritto civile
sammarinese”*

Repubblica di San Marino | 2023

ISBN: 9788899430054

Printed: April 2024



This book is licensed under Creative Commons
Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

PREMESSA

Nel pomeriggio del 15 marzo 2023, presso l'Aula Magna "Lanfranco Ferroni" dell'Istituto Giuridico Sammarinese, si è svolto un seminario dedicato alla presentazione del libro di Valeria Pierfelici "Lineamenti di diritto civile sammarinese" (San Marino, Aiep, 2022) organizzato dall'Istituto Giuridico Sammarinese dell'Università degli Studi della Repubblica di San Marino e dall'Ordine degli Avvocati e Notai della Repubblica di San Marino, con il Patrocinio della Segreteria di Stato per la Giustizia e la Famiglia e della Segreteria di Stato per l'Istruzione e l'Università.

Il seminario, cui hanno portato il loro saluto i Segretari di Stato Massimo Andrea Ugolini e Andrea Belluzzi, è stato preceduto, nella mattinata dello stesso giorno, da un'Udienza concessa dagli Eccellentissimi Capitani Reggenti Maria Luisa Berti e Manuel Ciavatta presso la Sala del Consiglio Grande e Generale di Palazzo Pubblico.

Di seguito si propongono gli Atti del seminario.

INDICE

PREMESSA	pag. 4
INTRODUZIONE <i>E SE NAPOLEONE...</i> Paolo Pascucci	pag. 5
RELAZIONE <i>LE FONTI DEL DIRITTO SAMMARINESE</i> Anna Maria Giomaro	pag. 14
INTERVENTI <i>IL DIRITTO E IL PROCESSO CIVILE SAMMARINESE FRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE</i> Giovanni Canzio	pag. 57
Alfredo Nicolini	pag. 66
Francesco Santoni	pag. 74
Elia Zaghini	pag. 87
Valeria Pierfelici	pag. 99

INTRODUZIONE

E se Napoleone...

PAOLO PASCUCCI

*Professore ordinario di diritto del lavoro
nell'Università di Urbino Carlo Bo
Direttore dell'Istituto Giuridico Sammarinese*

1. Nel porgervi il benvenuto a questo seminario di studio, desidero innanzitutto ringraziare, anche a nome del Magnifico Rettore Professor Corrado Petrocelli, oggi impossibilitato a partecipare, i Segretari di Stato alla Cultura e alla Giustizia, che con il loro convinto sostegno hanno consentito la pubblicazione del libro della Professoressa Pierfelici che oggi presentiamo, inserito tra le pubblicazioni scientifiche dell'Istituto Giuridico Sammarinese.

Ringrazio anche l'Ordine degli Avvocati e dei Notai sammarinesi che, insieme all'Istituto, hanno

promosso questo evento tra i loro iscritti, e naturalmente tutti coloro che oggi prenderanno la parola e che via via presenterò, anche se per la verità non avrebbero bisogno di presentazioni. E ringrazio in particolar modo le dottoresse Simona Capicchioni e Genni Muccioli che ancora una volta hanno validamente sostenuto l'onere dell'organizzazione di questo evento.

2. Se oggi siamo qui non posso non ringraziare anche e soprattutto Valeria, con la quale abbiamo condiviso i primi passi in quella carriera accademica che tuttora ci accomuna, anche se ognuno di noi ha poi privilegiato percorsi in parte differenti.

Mentre io mi sono occupato maggiormente delle questioni universitarie, Valeria ha oltrepassato il confine ed è diventata un importante punto di riferimento del Tribunale della Repubblica di San Marino e, più in generale, dell'ambiente giuridico sammarinese.

Il caso – che nella fattispecie ha assunto le sembianze del Magnifico Rettore dell'Università di

San Marino quando mi ha chiamato a dirigere l'Istituto Giuridico Sammarinese – ha voluto che ci ritrovassimo anche a San Marino, tanto che oggi, dopo la recente riforma dell'Istituto, sediamo insieme anche nel suo nuovo Consiglio Scientifico che ha già iniziato ad operare.

Grazie dunque a Valeria per averci offerto questa preziosa opera.

Un'opera che colma un vuoto dottrinale intollerabile sulla parte del diritto sammarinese che connota nel modo più originale questo ordinamento. Quel vuoto dottrinale che Severino Caprioli evocava parlando del paradosso della solitudine del giovane giurista sammarinese, il quale, dopo essersi educato «a dottrine fiorite e ramificate su codici» nelle aule d'antiche Università «non appena cominciava a prestare il suo civile servizio di giurista» nella Repubblica del Titano si lasciava dietro le spalle tali certezze «senza il conforto di una dottrina».

D'altro canto, il libro di Valeria istituisce anche un circolo virtuoso tra dottrina e giurisprudenza dato che è proprio una esponente della magistratura

sammarinese, coadiuvata da due suoi colleghi, a proporre una interessante e preziosa sistemazione dottrinale del diritto civile, ovviamente con il costante supporto dell'interpretazione giurisprudenziale, come si conviene ad un sistema basato sullo *ius commune*.

Quello *ius commune* che San Marino ha conservato mentre la maggior parte dei paesi europei ha optato per la codificazione anche se, come ha lucidamente messo in luce Paolo Grossi parlando delle mitologie giuridiche, neppure la codificazione è stata poi in grado di rispondere a tutte le mutevoli esigenze emergenti dalla crescente complessità sociale. Tanto che, come probabilmente ci diranno Giovanni Canzio e Francesca Fiecconi, la crisi delle codificazioni moderne sta dischiudendo le porte in Europa ad un nuovo *ius commune*.

L'auspicio che fin d'ora si può formulare è che il libro di Valeria possa rappresentare l'occasione per nuovi momenti di studio e di confronto, come d'altronde è stata per molti anni consuetudine a San Marino.

Per inciso, non mi è sfuggito che, nella Premessa, a pagina 28, Valeria rilevi che, poiché il diritto del lavoro ha ormai assunto una connotazione specialistica, ha ritenuto di non includerlo nella trattazione.

Un rilievo che, da giuslavorista, potrei anche cogliere come un garbato invito a considerare in futuro l'ipotesi di scrivere un manuale o un trattato sul diritto del lavoro sammarinese. Ma il tempo, e soprattutto la salute, dirà.

3. Più che moderare il dibattito, come è scritto nella locandina, cosa della quale credo che non vi sia particolare bisogno, io mi limiterò ad una brevissima introduzione che, se mi permettete, definirei un po' *extra ordinem*, tanto per non dimenticare l'antica lingua da cui in fondo tutto è nato, compreso questo libro.

Peraltro, poiché l'Istituto Giuridico Sammarinese fa parte del Dipartimento di Storia dell'Università di San Marino, ho pensato che non fosse del tutto fuori luogo richiamare in questa brevissima introduzione un episodio storico dal quale, a ben guardare, dipende

anche il fatto che oggi noi siamo qui a poter parlare di “un diritto privato non codificato”.

Si tratta di un episodio che rappresenta anche uno straordinario e singolare paradosso: uno di quei paradossi che solo la storia sa proporre e che ha avuto per protagonista niente meno che Napoleone Bonaparte.

Come è noto, sull’onda delle Rivoluzione francese e grazie alle sue strabilianti imprese militari, Napoleone favorì l’introduzione nell’Europa continentale della codificazione civile, decretando il primo declino di quell’*Ancien Regime*, che, pur provvisoriamente reinstaurato a Vienna dopo la disfatta di Waterloo, era destinato a crollare prima sotto i colpi dei moti rivoluzionari di metà ottocento e, definitivamente, con l’orrendo massacro della prima guerra mondiale.

Il singolare paradosso consiste quindi nel fatto che proprio colui che, con il *Code Napoleon* segnerà il progressivo superamento in Europa dello *ius commune*, nei fatti consentì che lo *ius commune* invece continuasse a regolare i rapporti interprivati a San Marino.

Infatti quando nel 1796 discese in Italia occupandone parti significative, comprese quelle limitrofe a questa Repubblica, e favorendo la costituzione delle cosiddette Repubbliche sorelle della Francia rivoluzionaria, Napoleone invece preservò assolutamente l'integrità di San Marino, lasciandola libera di conservare la sua indipendenza e, con essa, soprattutto le sue tradizioni giuridiche.

Per la verità, se Napoleone non osò intaccare l'indipendenza di San Marino ciò si deve anche alla sagacia dei politici sammarinesi dell'epoca, primo fra tutti il Capitano Reggente Antonio Onofri, che seppe guadagnarsi l'amicizia e il rispetto di Napoleone. Anche se non può escludersi che il favore con cui il futuro imperatore guardava la piccola repubblica fosse ascrivibile anche alle sue reminiscenze indipendentistiche giovanili quando ancora viveva in Corsica.

Nella recente “Storia di San Marino” curata da Stefano Pivato e Luca Gorgolini¹, Ivo Biagianti ha osservato che Napoleone rispettò l’indipendenza di San Marino considerandola al pari delle Repubbliche sorelle della Francia rivoluzionaria di cui sostenne la formazione, perché, “là dove c’era una repubblica, là dove c’erano uomini liberi”, dovevano essere “trattati con lo stesso rispetto che doveva essere portato alla Francia rivoluzionaria”.

Senonché, riconoscendo l’assoluta indipendenza di San Marino, Napoleone fece ben di più che trattarla come le Repubbliche italiane che egli sosteneva.

La differenza sostanziale tra San Marino e quelle Repubbliche sorelle della Francia consistette nel fatto che, essendo totalmente indipendente da Napoleone a differenza delle altre Repubbliche, San Marino poté continuare tranquillamente ad applicare lo *ius commune* senza dover poi introdurre quel Code Napoleon che,

¹ I. BIAGIANTI, *L’età moderna e contemporanea (secoli XVI-XIX)*, in L. GORGOLINI, S. PIVATO (a cura di), *Storia di San Marino. Medioevo/Età moderna e contemporanea/Novecento e tempo presente*, Rimini, 2022, p. 48.

invece, nei territori eredi di quelle Repubbliche fu progressivamente adottato agli inizi dell'ottocento.

Così, riproponendomi una di quelle domande impossibili che fra l'altro spesso hanno a che fare proprio con Napoleone, mi sono chiesto che sorte avrebbe potuto subire il diritto sammarinese se nel 1797 Bonaparte non avesse riconosciuto l'indipendenza di questa Repubblica e l'avesse invece annessa o conformata a quella che fu prima la Repubblica Cispadana, poi la Repubblica Cisalpina, poi la Repubblica italiana e infine il Regno d'Italia, nel quale nel 1806 entrò in vigore il Code Napoleon.

Fermo restando che la storia non si fa con i “se” e che le domande impossibili non possono avere che risposte ipotetiche, credo che comunque non si dovrebbe dimenticare che anche quando la restaurazione cancellò prima le repubbliche italiane di derivazione napoleonica e poi il Regno d'Italia, il processo di codificazione che era stato ormai avviato in quei territori, seppur con alterne fortune, non si sarebbe più arrestato.

Cosicché, se oggi siamo qui a presentare il libro di Valeria e a celebrare la particolarità del nostro diritto civile, forse un po' lo dobbiamo anche a quel paradosso della storia. Il paradosso per cui, in fondo, proprio grazie a colui che diffuse la codificazione civile in Europa, San Marino riuscì a conservare lo *ius commune*.

Al solo pensare che le cose sarebbero potute andare diversamente a qualcuno oggi potrebbero venire i brividi.

Ma, come recita una splendida canzone, in realtà la storia dà i brividi perché nessuno la può cambiare.

RELAZIONE

Le fonti del diritto sammarinese

ANNA MARIA GIOMARO

*Già professoressa ordinaria di diritto romano
nell'Università di Urbino Carlo Bo*

1. È noto come nella struttura dell'ordinamento della Facoltà di Giurisprudenza in Italia (cioè meglio dire oggi, degli studi ufficiali di Giurisprudenza) da qualche decennio si è introdotto e affermato un insegnamento particolare che tiene conto delle esigenze, delle aperture, delle proiezioni internazionali del diritto degli stati, e perché non delle speranze di un mondo migliore: per dirla con Leibniz il migliore dei mondi possibili.

Questo insegnamento (parlo di “Fondamenti del diritto europeo”), a lungo disputato nell'accademia fra

i cultori di differenti settori del diritto, fra internazionalisti, comparatisti, italianisti, romanisti e talora anche filosofi del diritto, è ora saldamente adagiato sulla sapienza del diritto romano; è allo stesso tempo consapevolezza delle tradizioni, riflessione morale, tecnica ed arte interpretativa rivolta ai momenti attuali, comparazione fra ordinamenti (con quello che di altamente costruttivo può avere il metodo comparativo), proiezione verso il domani. Sulla base del diritto antico di Roma e dei suoi “principi” ogni stato, ogni ordinamento, ha in questo ambito, che è riflessione e aspirazione insieme, un suo ruolo e offre un suo apporto fondamentale irrinunciabile che si fonde con quello degli altri.

Pure il diritto sammarinese, visto accanto agli altri, assume comunque un suo spazio differente, unico.

Certamente la dimensione geografica e politica di San Marino esponeva la Repubblica al grave pericolo del suo dirupamento. Assediata com'è da ogni parte dai confini dello Stato italiano, appetita durante i secoli dell'evo antico e moderno per la sua posizione naturalmente arroccata, e in prossimità del mare,

variamente scongiurando le mire espansionistiche dei vicini, ora dei signori del Montefeltro, ora dei signori di Rimini, ora dello Stato Pontificio (che col Valentino giunse per breve tempo – per soli dieci mesi – ad abbatte le porte), San Marino ha continuato nei tempi a difendersi dall’asservimento d’ogni tipo, gloriandosi di sé stessa, timorosa di tutto ciò che, magari sotto le vesti di una anche appetibile valorizzazione (territoriale e/o politica), potesse poi *«col tempo compromettere la sua libertà»* (e ripeto, con le parole dell’allora Reggente, il significato pieno del rifiuto che nel 1797 Antonio Onofri – il Reggente appunto – oppose con grazia all’offerta allettante di Napoleone che ne voleva spingere il territorio fino al mare).

Ma oggi il pericolo del suo dirupamento non viene dalle armi di bellicosi e scomodi vicini.

Piccolo e pur grande Stato. Si può dire che allora l’unicità della Repubblica deriva dall’unicità del suo diritto, miracolosamente sopravvissuto, nella sua particolarità, fra il dilagare dei due grandi sistemi, pure derivati ambedue dalla scienza giuridica romana, il *civil*

law e il *common law*, l'uno fermo assertore di una certezza del diritto conquistata con secoli di sviluppo e realizzatasi definitivamente nella pagina scritta illuminata della Legge (e dico legge con la L maiuscola) e che ha visto e vede nella Legge del Codice il solo baluardo della giustizia, l'altro apostolo e paladino dello sviluppo giurisprudenziale della scienza giuridica e dell'ordinamento dello stato, dove giurisprudenza si intende come la pratica dei tribunali, nella sua occasionalità, che, seppur ripetitiva, è quindi potenzialmente aperta a continui – come li chiamerò? – sobbalzi di pensiero.

E che in questa sua unicità il diritto sammarinese appalesi anche momenti di un interesse che esborda addirittura dai confini degli altri diritti lo rivela in se stesso.

Per fare un esempio. Il 6 febbraio 1990 – nel dare parere circa l'infondatezza delle eccezioni di illegittimità sollevate contro l'art. 7 della legge 30 agosto 1873 e, per derivazione, contro l'intera legge, in rapporto ai principi contenuti nella legge 8 luglio

1974 n. 59 – il Consulente del Consiglio Grande e Generale Giovanni Gualandi scrive:

«Ciò non solo per il rispetto dovuto al procedimento formativo dell'eccezione di illegittimità sancito dalla legge, ma, anche, per evitare l'increscioso e deprecabile diffondersi di prassi dilatorie (le moratoriae exceptiones del diritto comune) estremamente nocive al buon andamento dell'ordo iudiciorum ». E ciò dopo aver rilevato come « l'ordinamento sammarinese si riveli, da più di un secolo, molto più 'garantista' di quello di altri stati (la cui legislazione in materia tributaria e fiscale è meno risalente nel tempo) nonché molto più equilibrato nel contemperamento della tutela dei fini e delle ragioni della P.A. con le esigenze di difesa del privato destinatario dell'atto»².

² Nel caso si chiedeva la declaratoria di illegittimità dell'art. 7 della legge di procedura sommarissima nelle cause civili di manoregia 30 agosto 1873 (l'art. 7 in questione) e, per derivazione, l'intera legge per contrasto con gli artt. 4, c. 1° e 15, commi 1° e 2° della legge 8 luglio 1974 n. 59 (Dichiarazione dei diritti dei cittadini e principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese) in quanto la procedura di manoregia – che sarebbe espressione

Più garantista. Più equilibrato.

È solo un esempio.

Ma se questo è il portato dell'unicità di San Marino, vibra nell'aria sicuramente quella necessità di «salvaguardare l'originalità del diritto sammarinese» di cui parla la Pierfelici.

2. Il sistema delle fonti del diritto sammarinese come si legge nelle *Leges Statutae*, rubriche Rub. XIII e XXXI, Lib. I, poi confermate (“costituzionalizzate” – dice la Pierfelici – dall’art. 3 *bis* della legge 8 luglio 1974 n. 59, nel testo aggiunto dall’art. 4 della legge costituzionale 26 febbraio 2002 n. 36) si concretizza in due/quattro “forme”, cioè – recito – «*la forma degli Statuti e delle riformazioni del Comune della predetta Terra, le quali ora sono, od accadrà di fare in avvenire*» e «*la forma del diritto comune e le lodevoli consuetudini della anzidetta Terra*».

del ‘solve et repete’ avrebbe consentito all’amministrazione finanziaria di procedere contro il debitore moroso in forza dell’esecutorietà propria dell’atto amministrativo indipendentemente dall’opposizione del cittadino la cui efficacia ostativa è limitata alle eccezioni previste nel Precetto di cui agli artt. 3 e 4 della legge 30 agosto 1873.

Dunque: Statuti e riformazioni ossia leggi successive (e questo è il *ius scriptum*), e poi diritto comune e consuetudine, o meglio *laudabiles consuetudines* le lodevoli consuetudini (e questo è, secondo quanto ribadisce la normativa testè citata – l’art. 4 della legge costituzionale 26 febbraio 2002 n. 36, che fa proprio l’art. 3 *bis* della legge 8 luglio 1974 n. 59 – ciò che costituisce le fonti sussidiarie ed integrative rispetto al *ius scriptum*).

Tutti i casi sottoposti alla giurisdizione dei Capitani Reggenti, le cause “civili, criminali, pure e miste”, sono “conosciute, definite e terminate” sulla base di queste fonti (*«Abbiano poi i predetti Capitani giurisdizione, ed autorità, e facoltà di conoscere, definire e terminare tutte e singole cause civili, criminali, pure e miste e le cause vertenti fra gli uomini, e le persone della predetta Terra e suo contado, giurisdizione e distretto, e qualunque altra persona»*)³.

³ (Della elezione dei Signori Capitani della Repubblica e della perpetua libertà della Terra di S. Marino, e del loro ufficio e giurisdizione e salario) - LIBRO I RUBRICA XIII § 18. “Habeant autem Capitanei predicti iurisdictionem, et auctoritatem, ac facultatem cognoscendi, diffiniendi, et terminandi omnes, et singulas civiles, criminales, meras, et

In ogni caso l'apporto più significativo al diritto sammarinese è stato dato ed è dato, e deve essere dato, anche secondo legge, dalla parola del pensiero, dall'interprete, cioè, a parte le *Leges Statutae*, dal diritto non scritto.

mixtas lites, et causas, vertentes inter homines, et personas Terrae praedictae, et eius comitatus, fortiae, et districtus, et alios quoscumque, secundum formam statutorum, et reformationum Communis Terrae praedictae, quae nunc sunt, vel pro tempore fieri contigerit. Et si statuta, vel reformationes contingentes casus non deciderent, secundum formam iuris communis, et laudabiles consuetudines Terrae praedictae procedere, finire, et terminare valeant".

(Della elezione, ufficio, e mercede del Signor Commissario)
- LIBRO I RUBRICA XIII § 18. "Habebit autem dictus Commissarius in solidum cum Dominis Capitaneis, et quolibet eorum iurisdictionem, auctoritatem, et facultatem cognoscendi, diffiniendi, et terminandi omnes, et singulas civiles, criminales, meras, et mixtas lites, et causas, vertentes inter homines, et personas in Terra praedicta, et eius comitatu, fortia, et districtu, secundum formam statutorum, et reformationum Communis Terrae praedictae, quae nunc sunt, vel pro tempore fuerint. Et si statuta, vel reformationes non disponderent, vel providerent, secundum formam iuris communis, et laudabiles consuetudines Terrae praedictae debeat procedere, finire, et terminare". Sono citate nella traduzione ufficiale di Marino Fattori, riveduta da Nino Tamassia e Giuseppe Brini, ordinata dal Consiglio Grande e Generale nel 1893.

Se il rapporto fra i due elementi del *ius scriptum*, *Leges Statutae* e successive leggi (*reformationes*), dovrebbe risolversi nel senso di successive “consolidazioni”, abbisogna di tempi e di interlocuzioni fra posizioni opposte: per quello che la storia ci insegna del fenomeno di formazione di una legge l’iter è lungo e farraginoso, si dipana fra origine e discussa maturazione di un’esigenza, consapevolizzazione cioè presa di coscienza pubblica di tale esigenza, episodi che la mettono in evidenza, ma poi discussioni preparatorie, discussioni di formulazione, discussioni per il varo della legge: discussioni alla luce della realtà del presente ma nella considerazione delle fonti. Richiede in ogni caso la presenza dell’interprete.

E quando gli antichi fondatori scrissero che «*se gli Statuti o 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*», dimostrano di aver avuto ben presente la limitatezza nel tempo della legge scritta, la possibilità, direi dietro l’angolo, di nuove situazioni da dover risolvere

giudizialmente; e là dove i codici degli ordinamenti chiusi (del *civil law*) hanno costruito, hanno dovuto costruire l'impalcatura dell'analogia e hanno dato libero sfogo alla produzione di leggi e leggine, in un affannato inseguirsi di interventi occasionali così cristallizzati, l'ordinamento sammarinese creava un sistema aperto che faceva propria la vera esperienza del diritto romano comune che è il suo continuo fluire dalla realtà attraverso le direttive di un severo metodo giuridico.

Che non è, non può essere, la lettura della soluzione del caso nel diritto antico, dogmaticamente, pandettisticamente; non è produzione giuridica mediata dai Paesi che si vantano di *common law*, nella sua troppo fluida apparenza che non contiene rigore di sorta; ma è riconoscimento del metodo “senza tempo” della soluzione (mi sto ispirando alle parole del titolo di un convegno romanistico e non solo, appena celebratosi, il 9 marzo, a Madrid, “In omaggio e memoria del Maestro Antonio Palma”:

“Diritto effimero oggi vs. diritto senza tempo”).

Scrive la Pierfelici (*Lineamenti di diritto civile sammarinese*, San Marino 2023, 13): «Si collocano – tra le *laudabiles consuetudines* i principi consolidati elaborati dalla giurisprudenza nella istituzionale attività di applicazione delle norme alla fattispecie concreta, per fornire risposta efficace alle tendenze evolutive che storicamente si sono manifestate e che per definizione continuamente si manifestano. L'integrazione dell'ordinamento effettuata in via giurisprudenziale ha consentito di adattare ed adeguare il diritto alle mutate condizioni sociali ed economiche, garantendo ed attuando i diritti fondamentali, tra i quali, segnatamente, quelli che trovano riconoscimento nella Dichiarazione dei Diritti, e, in forza del richiamo espresso contenuto nell'art. 2 commi 3 e 4 della medesima Dichiarazione, alle libertà fondamentali enunciate nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ».

3. Ma come giungere, ieri ed oggi, a queste *laudabiles consuetudines*? Una traccia interessante ce l'abbiamo.

E ce l'abbiamo nelle decisioni di quei grandi giuristi che hanno costellato con la loro attività di critica la vicenda giudiziaria della Serenissima, almeno nell'ultimo secolo, quei Scialoia, Astuti, Jemolo che hanno svolto il ruolo di consulente per il Consiglio Grande e Generale ed il Consiglio dei XII nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, che nelle loro pagine hanno saputo estrapolare in un filo conduttore i principi guida dei tanti casi e coprire, si può dire, tutta la realtà degli istituti, e che, laddove hanno premesso alle loro argomentazioni una massima riassuntiva, hanno dimostrato come si possa pervenire ad una rielaborazione dei principi giurisprudenziali sulla base del ius comune, fonte suprema tra le fonti, valutandone l'attualità e l'adeguatezza.

Una attività pratica costruttiva di tal tipo è ancora auspicabile. Ne abbiamo traccia, ma non completamente appagante per lo meno nelle scelte del materiale e nella sistematica, nella Rivista Giurisprudenza Sammarinese, purtroppo ferma al 1995, la quale annovera nomi solenni, nomi di grande

prestigio e pagine che effettivamente marcano indelebilmente lo sviluppo del diritto sammarinese nel senso della tradizione del diritto comune e delle sue fonti, scagliandolo con vigore attraverso la realtà quotidiana del secolo XX. E perché non, ora, del XXI?

E sono i nomi di Torquato Carlo Giannini, Dionisio Anzilotti, Cesare Vivante, Ugo Gualazzini, Piero Calamandrei, Giuseppe Ignazio Luzzatto, Enzo Nardi, Giovanni Gualandi, Guido Rossi, Severino Caprioli, Umberto Santarelli, fra i più grandi che sono stati chiamati all'ufficio di consulenza fino alla fine del 2003 (la legge istitutiva del Collegio garante della costituzionalità delle norme è del 20 febbraio 2002 n.36)⁴.

⁴ I Consulenti del Consiglio dei XII e del Consiglio Grande e Generale che hanno avuto compiti giurisdizionali fino alla fine del 2003 con la legge qualificata 30 ottobre 2003 n. 145 sono stati sostituiti dal Giudice per la Terza Istanza e dal Giudice per i Rimedi Straordinari.

E sono i nomi dei giudici d'appello Vittorio Scialoja, Arturo Carlo Jemolo, Guido Astuti, Giovanni Cassandro, anche qui fra i più grandi.

E tutti, più o meno, il cui pensiero era costruito su imprescindibili basi storiche e su una pratica giuridica e giudiziaria strettamente intrecciata al diritto della Compilazione giustiniana.

Si pensi a quanto dice il Commissario della Legge, lo “storico” Giacomo Ramoino, in tema di successioni, testamento, legittima (e siamo nel 1932), richiamandosi a Richeri, a Voet, a Winscheid, e ancora direttamente alla legislazione giustiniana:

**Commissario della Legge G. RAMOINO,
10 agosto 1932
in *Giur. samm.*, 1931-1932, p. 74 ss.
(su successioni, testamento, legittima)**

La massima riportata in *Giurisprudenza sammarinese* prima della sentenza riproduce in gran parte le parole del Consulente, il quale inizia il suo discorso considerando il tema “captazione” sulla base del *ius comune*:

« Secondo il diritto comune la captazione e la suggestione - che hanno per base il dolo malo - consistono “in quel complesso di raggiri, di artifizi, di manovre con le quali si sorprende la buona fede del testatore e lo si induce a testare per sé o per gli altri” ».

La dimostrazione degli assunti che seguono (su la capacità di intendere e di volere nel fare il testamento, sulla legittima e sulle assegnazioni precedenti) e tutta l'esposizione circa la legittimità del testamento impugnato è intessuta di riferimenti, il più delle volte esplicitati anche nel latino delle fonti, a quei testi che rappresentano la vera espressione del diritto di San Marino: sei volte sono riportate frasi del **Richerius**, e due volte sono riprodotti tratti dell' ***Ad Pandectas del Voet***, e delle Pandette del **Windscheid**, queste ultime nella traduzione italiana di Fadda e Bensa; moltissime le riprese dal **Digesto di Giustiniano**, dal **Codice** e anche dalle **Novelle**, in particolare, naturalmente la **Nov. 118**.

Perché il diritto sammarinese, ispirandosi al diritto comune, si costruisce su una ricchissima pluralità di

fonti. E' ancora lo stesso Ramoino che relativamente alla caparra si basa sulle *Leges Statutae* e su una ricchissima analisi della dottrina di diritto comune, valendosi in una sola pagina della dottrina di ben ventidue nomi antichi:

**Commissario della Legge G. RAMOINO,
8 febbraio 1951
in *Giur. samm.*, 1963, 2, p. 247 ss.
(sulla caparra)**

Nel 1951 Giacomo Ramoino è portato a discutere della Caparra confrontando le disposizioni del diritto comune con le superiori *Leges Statutae*: «La apparente contraddizione esistente tra la Rub. LXV libro II e la Rub. XXVIII libro V delle **Leges Statutae** circa la caparra deve essere spiegata riportandosi al diritto comune ove l'opinione prevalente distingue tra la caparra data a seguito di semplice promessa o contratto non ancora definitivamente concluso (Rub. 28 del libro 5) dalla caparra data per un contratto già perfetto e in acconto al prezzo (Rub. 65 del libro 2) ».

La conclusione stabilisce l'apparenza della contraddizione e che la caparra versata

obbliga le parti e non consente di ritirarsi con conseguente definizione dei comportamenti nel caso di contratto non ancora concluso, ovvero di contratto ormai definitivo: il Consulente vi giunge con **una ricchissima analisi della dottrina di diritto comune, ben ventidue nomi**, di cui non sono riportate direttamente le parole (che sarebbe eccessivo), ma discusse le differenti opinioni:« Una prima (**Firchineo, Alberico, Brunemanno, Zasio, Gomez, Saliceto ecc.**) sostiene che [...]. Una seconda teoria (sostenuta in particolare da **Cino da Pistoia, Comm. al parag. illud del Codice, de fide instrum.**) ritiene che [...], <e poi> **Conciolo, Oinatomo, Baldo, Sardo ecc.**). Una terza teoria, che è considerata quale opinio communis anzi magis communis poichè è accolta dalla Glossa, distingue (**Bartolo, Donello, Cuiacio, Perezio, Vinnio, Wisembach, Voet, Richeri, ne Luca, Rarbosa, Gomez, Pothier ecc.**) [...] ».

O si veda di nuovo Ramoino, Commissario della Legge (4 luglio 1968, in Giur. samm. 1964-69, p. 412 ss.), Commissario della Legge, su interessi e interessi

usurari, che parte addirittura da una *decisio* della Rota Romana, e si destreggia fra l'antica Scolastica e gli antichi Statuti cittadini:

**Commissario della Legge G. RAMOINO,
4 luglio 1968
in *Giur. samm.*, 1964-1969, p. 412 ss.
(su interessi e interessi usurari)**

In breve pagina è un vero trattatello storico sulle *usurae* il parere di Giacomo Ramoino del 4 luglio 1968 posto a dimostrazione dell'altrettanto breve massima che vi è premessa a cura dello stesso autore: « Il limite di 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 ».

Per giungervi il Ramoino parte da **una decisio della Sacra Romana Rota del 1602**; passa poi per le argomentazioni di **Sant'Agostino** e di **San Tommaso**; riporta cenno delle **Responsiones del Moranta** e del **De simulazione contractuum del**

Cepolla; si fa forte dell'opinione di **Alciato**, **Donello**, **Cuiacio**; e conclude con una minima rassegna degli **statuti cittadini**, quelli di **Verona** del 1450, quelli di **Imola** del 1334, quelli di **Ferrara** del 1566. E voglio chiudere con le sue parole: « Cosa si dirà se si pagò simultaneamente il capitale e gli interessi? Si può rispondere che anche in questo caso ha luogo la ripetizione (**Confr. anche leg. 102 Digesto, 46, 3 e leg. 18 Cod., 4, 32**). Ritiene il giudicante che, in via di massima, sia da seguire anche in San Marino la suindicata disposizione del diritto romano ».

O si pensi ai limpidi pareri di Pier Paolo Casadei Monti sulla conclusione del contratto (Consiglio dei XII 17 novembre 1964, cons. Casadei Monti, in Giur. samm. 1964-69, p. 29 ss., e, sullo stesso tema, Consiglio dei XII 19 aprile 1967, cons. Casadei Monti, in Giur. samm. 1964-69, p. 35 ss.), fondati sull'antica legislazione giustiniana vagliata attraverso il diritto comune, attraverso Richeri, De Luca, Voet, ed altri, e attraverso la stessa giurisprudenza sammarinese pregressa che a quei nomi si ispirava.

**Consiglio dei XII, 17 novembre 1964
(cons. P.P. CASADEI MONTI)
in *Giur. samm.*, 1964-1969, p. 29 ss.
(sulla conclusione del contratto)**

Il parere è preceduto da una sua “massima” articolata in due capoversi:

« L'individuazione del luogo di perfezione del contratto consensuale di mandato « *inter absentes* » deve essere fatta alla stregua della *lex fori*, cioè della legge sammarinese, e non della legge del luogo dove il contratto è destinato a svolgere i suoi effetti.

Il diritto comune accoglie la teoria della ricezione, vale a dire la regola per cui i contratti consensuali si perfezionano nel luogo in cui l'accettante riceve la proposta del proponente e la fa propria; dando così preminente rilievo al momento ed al luogo in cui avviene la congiunzione dei consensi».

Il parere sul luogo del perfezionamento contrattuale *inter absentes* ripercorre un tema particolarmente importante e delicato nell'ordinamento sammarinese (anche per le differenze che si devono considerare

rispetto ad altri ordinamenti, segnatamente quello italiano). Le argomentazioni del Consulente si dipanano per punti (che è – mi sembra – il modo di procedere tipico di codesto Consulente): «sembra che la soluzione della questione debba passare attraverso i seguenti punti: 1°) se il *forum contractus* sia previsto dalla legge sammarinese come criterio attributivo di competenza internazionale; 2°) da quale contratto nasca l'obbligazione per cui si agisce; 3°) quali siano le norme che individuano il luogo di perfezione dei contratti; 4°) dove in effetti si sia perfezionato il contratto di cui & causa ».

Ma soprattutto si propongono all'attenzione con ricchezza di **basi dottrinali**. Sono citati **gli Statuti, Richeri, Faber, Voet, De Luca, Grozio**, e ciascuno è analizzato, anche a più riprese, con produzione del testo originale e breve commento, determinato; non un profluvio di ragioni, ma certamente una razionale collocazione nel discorso generale; e di ciascuno è riportata a più riprese la parola e l'opinione.

L'inquadramento del tema nel diritto sammarinese è sicuro e ben fondato sulle fonti, e certe le conclusioni circa le regole

sulla base delle quali procedere alla disamina del caso, che la massima premessa alla trattazione sintetizza opportunamente.

**Consiglio dei XII, 19 aprile 1967 (cons.
P.P. CASADEI MONTI)
in *Giur. samm.*, 1964-1969, p. 35 ss.
(ancora sulla conclusione del contratto)**

Ancora un parere del Consulente Pierpaolo Casadei Monti, e ancora sul delicato problema della conclusione del contratto. La lunga massima che lo precede sintetizza in quattro capoversi la disciplina che si rapporta al diritto comune circa talune circostanze particolari come, rispettivamente, la conclusione del contratto ‘inter absentes’, l’integrità della cosa oggetto di un contratto di vendita, il luogo della sua consegna, e, soprattutto, sulla base del danno lamentato, le regole circa la competenza internazionale:

Rileva il Consulente che «per le liti aventi ad oggetto obbligazioni contrattuali, l’ordinamento Sammarinese conosce, come è noto, diversi criteri di collegamento attributivi della competenza giudiziaria internazionale ai suoi Tribunali: il luogo di nazionalità o di

origine del convenuto (*forum originis*); quello di domicilio o di sede del convenuto (*forum domicilii seu habitationis*); il luogo in cui il contratto è sorto (*forum contractus*); o quello in cui la obbligazione deve essere adempiuta (*forum destinatae solutionis*). Tali criteri di collegamento sono stabiliti in via cumulativa nel senso che, se ricorrono per la stessa causa più criteri e concorre la competenza di più giudici, spetta all'attore, specificando quale criterio intende invocare, di scegliere il giudice competente ».

Questi criteri, così come quelli relativi alla conclusione del contratto («Sul tempo e luogo di perfezionamento dei contratti *inter absentes* varie teorie sono state formulate, da quella della dichiarazione (luogo della dichiarazione della proposta), a quella della ricezione (luogo della ricezione della proposta accettata) a quella della cognizione (luogo di conoscenza, da parte del proponente, della accettazione dell'accettante) vengono enunciati e brevemente considerati anche alla luce di una giurisprudenza precedente fondata sulle fonti del diritto comune, e di riconosciuto valore quali Richeri, De Luca, ecc., e delle varie legislazioni straniere che si sono ispirate ora all'una ora all'altra. Il diritto italiano ad esempio, dall'articolo 36 del codice di

commercio del 1882, all'articolo 1326 del codice civile del 1942, ha accolto la teoria della cognizione con temperamenti vari»). Sono esaminate dunque sui vari punti citazioni di Richeri (quattro volte) , De Luca (due volte) , Voet (due volte) e col richiamo a precedenti di giurisprudenza sammarinese, Ramoino, Fattori, lo stesso Casadei Monti, e con richiami alla legislazione giustiniana vagliata attraverso il diritto comune.

Ricchezza di fonti e ricchezza di sapere si legge nelle pagine di Giovanni Cassandro, allorché, per es., è chiamato a Giudice delle Appellazioni sulla *societas* e il socio d'opera (sent. 18 giugno 1981, in *Giur. samm.* 1981-90, p. 531 ss.), o sull'eccessiva onerosità sopravvenuta, la clausola *rebus sic stantibus* (sent. 31 dicembre 1980, in *Giur. samm.* 1970-80, p. 226 ss.):

**Giudice delle Appellazioni G.
CASSANDRO, 18 giugno 1981
in *Giur. samm.*, 1981-1990, p. 531 ss.
(sulla *societas*; il socio d'opera)
causa n. 383, anno 1972**

La sentenza in esame ha una sua massima: «Società atipica - Conferimento di attività. Chi conferisce nella società la sua attività non cessa di essere socio, anche se per l'attività prestata gli sia corrisposto un "salarium" od un "honorarium"».

Di fronte al discorso dell'appellante che, in sede di scioglimento di una società, lamenta la mancata valutazione di certi rapporti creditorî, e delle indennità e dei dovuti emolumenti, il Giudice delle appellazioni viene a porre **in rapporto il diritto comune col *ius proprium* sammarinese attraverso il diritto comune**, e citando in particolare il **Richerius** e il **Voet**; di seguito si confronta criticamente col Commissario della legge che « ritiene che lo *ius proprium* della Repubblica non conosca la figura del socio di industria; la disciplina di **questa figura andrebbe ricercata pertanto nel diritto comune, secondo il sistema delle fonti di diritto in vigore a San Marino** ». A margine della trattazione completa del caso, è sicuramente significativa l'espressione con cui Giovanni Cassandro introduce le sue argomentazioni con chiaro richiamo al sistema delle fonti del diritto di San Marino: «il diritto comune offre una risposta esplicita e inequivoca alla questione sollevata, ed è bene perciò che lo si

chiami in causa, a svolgere la funzione sussidiaria ed integratrice "del diritto proprio", che è peculiare di esso. Ora il diritto comune conosce bene la figura del socio d'industria, che del resto già il diritto romano regolava, e il **Richeri** affermava che ...».

O si vedano ancora le decisioni del Giudice delle Appellazioni Guido Astuti 15 marzo 1963 (in *Giur. samm.* 1965, 1, p. 37 ss.) su condominio e *ius prohibendi*; o 30 luglio 1963 (in *Giur. samm.* 1965, 1, p. 42 ss.) sul concorso dei creditori e il fallimento della società di fatto; o 20 luglio 1970 (in *Giur. samm.* 1970-80, p. 145 ss.) su la responsabilità del costruttore per rovina di edificio.

**Giudice delle Appellazioni G. ASTUTI, 30
luglio 1963**

in *Giur. samm.*, 1965, 1, p. 42 ss.

**(sul concorso dei creditori e il fallimento;
società di fatto)**

causa n. 163, anno 1961

--- « deve ricordarsi che il diritto comune
è l'antica *lex omnium generalis*, e l'organico

sistema normativo elaborato nel corso dei secoli dalla giurisprudenza sulla base del diritto romano giustiniano, del diritto canonico e della consuetudine, mentre il *ius novum*, rappresentato dal diritto statutario e dalla successiva legislazione locale, non costituisce affatto una compiuta codificazione del diritto privato, civile e commerciale e processuale civile. L'espressione 'diritto sussidiario' non deve quindi essere erroneamente intesa, immaginando che al diritto comune possa farsi riferimento solo in via eccezionale, nel caso di lacune degli statuti e leggi locali, quasi che questi fossero una legislazione generale della Repubblica di San Marino.

E' vero il contrario: perché nella realtà - come esattamente ha rilevato il Tribunale - il diritto comune è la regola, e la legislazione locale costituisce l'eccezione; sia sotto il profilo del rapporto quantitativo tra le rispettive norme, sia soprattutto per il carattere speciale integrativo, modificativo, innovativo, della legislazione locale, rispetto alla disciplina generale degli istituti giuridici, offerta dal diritto comune in forme esemplari, sempre presenti al legislatore sammarinese »;

--- « il diritto comune ha sempre avuto e continua tuttora ad avere, anche di fronte ai notevoli sviluppi della moderna legislazione della Repubblica, importanza fondamentale, come quello che costituisce la base e l'ossatura dell'intero ordinamento giuridico sammarinese. Non senza motivo le Leges Statutae prevedono congiuntamente il ricorso, in via sussidiaria, al diritto comune e alle consuetudini del paese: perché anche queste consuetudini si sono formate sulla base della tradizione romanistica, per spontaneo sviluppo nella prassi giudiziaria locale, e rappresentano una naturale continuazione e integrazione del diritto romano giustiniano, fiorita sul suo ceppo vitale durante l'età intermedia, interiormente e parallelamente alla elaborazione scientifica del diritto comune ».

Giudice delle Appellazioni G. ASTUTI, 20
luglio 1970
(su appalto, e responsabilità contrattuale
del costruttore di edificio)
causa n. 374, anno 1965

Facile per il Giudice delle Appellazioni il richiamo al Digesto in tema di *locatio operis* e di *periculum*, di *vitium* e di *imperitia facentis*, di *vis maior* e di *casus*. Si discuteva in particolare di lesioni prodottesi in un edificio di recente costruzione, lesioni che dipendevano da due cause concorrenti, e precisamente dalla mancanza di solide fondazioni (*vitium operis*) imputabile ai costruttori, e da vizio del terreno per presenza di acqua (*vitium soli*) in parte imputabile anche al geometra.

« Tra i giuristi – dice il Giudice – 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, e al *locator* nel tempo successivo alla consegna dell'opera eseguita, o alla sua accettazione mediante *adprobatio* o collaudo ».

Ma poi a **Ulpiano, Paolo, Fiorentino, Giavoleno**, e alla loro voce considerati nei singoli passi del Digesto e mediata attraverso gli interpreti del diritto comune (in primis il **Richeri, ma anche Bartolo, Baldo, il De Luca, e in particolare Benvenuto Stracca**) si giunge anche facilmente al diritto italiano, e quindi al confronto internazionale.

A ben guardare quelle pagine hanno costruito un sistema. Che dico, costruito? Non si trattava di costruire, ma di riconoscere l'esistente. Hanno portato ad evidenza un sistema. Che è il sistema del diritto sammarinese.

E non si tratta tuttavia di un sistema chiuso ottusamente e ciecamente adagiato sul passato, ma che sa accogliere il presente, il moderno, alla luce dei principi del passato. Per es. nel 1998, con richiamo espresso alla Legge 68/1989, parere 8 novembre 1998), l'Esperto di diritto Giovanni Gualandi ben riconosce la possibilità, la realtà di attrazioni dal vicino ordinamento italiano (e dice che «Il legislatore sammarinese [...] ha recepito dal modello italiano la figura della giurisdizione esclusiva, una figura, si badi, libera da ogni preconconcetto teoretico in tema di separazione dei poteri»). Ciò, tuttavia, senza cadere nella facile tentazione di una deriva positivistica verso le soluzioni della legge italiana, che, se (pur più facili perché già elaborate in altri tribunali e provate, e quotidiane nella pratica dei giuristi con cui i tribunali

di San Marino sono costantemente a contatto) sarebbero uno snaturare la purezza antica delle fonti e tradire lo spirito dell'ordinamento sammarinese. E soprattutto – aggiungo – esporrebbero la causa in trattazione al sicuro e pericoloso rischio di una rimostranza giudiziale: cito al riguardo, per esempio, la voce del Giudice delle Appellazioni Guido Astuti che rileva come motivo di impugnazione «che l'impugnata sentenza si sia allontanata dalla disciplina del diritto romano giustiniano, per ispirarsi al diritto e alla giurisprudenza italiana», protestando come sia indispensabile per il corretto andamento del processo attenersi rigorosamente alle fonti del diritto sammarinese. Una preoccupazione quanto mai attuale.

**Giudice delle Appellazioni G. ASTUTI, 15
marzo 1963
in *Giur. samm.*, 1965, 1, p. 37 ss.
(su condominio e ius prohibendi)
causa n. 74, anno 1961**

Chiamato a dare giudizio circa una questione vertente sulla configurazione giuridica del condominio delle case e sulla conseguente disciplina dei poteri di godimento e disposizione competenti ai singoli condomini (in specie sul potere di attuare innovazioni rispetto ai muri maestri d'un edificio, riconoscibile ai proprietari dei diversi piani o porzioni di piani), il Giudice delle Appellazioni richiama a più **riprese i frammenti del Digesto** e la voce **di Celso, di Paolo, di Ulpiano**, a lungo soffermandosi sulle caratteristiche della *communio pro indiviso*, e sulla «nuova disciplina, secondo principi normativi più aderenti alla struttura e alle esigenze economico-sociali di questo tipo di comproprietà, <avutasi> soltanto ad opera della giurisprudenza medioevale, nel diritto statutorio e comune», esaminata anche alla luce dell'autorità del **De Luca**, del **Cepolla**, del **Bertacchini**, del **Sabelli**, «e dei numerosi dottori da questi ricordati». Il Giudice conclude dunque che in materia di innovazioni vale «l'inapplicabilità generale del principio romano del *ius prohibendi*, o del consenso unanime di tutti i comproprietari, che sussiste soltanto per le innovazioni concernenti le parti comuni *pro indiviso*; rispetto alle parti spettanti al singolo pro

diviso, il consenso degli altri condomini non è invece necessario, e innovazioni possono essere effettuate dal singolo, nel suo piano, 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 ».

Va però rilevata una raccomandazione implicita in una delle lagnanze degli appellanti («che l'impugnata sentenza si sia allontanata dalla disciplina del diritto romano giustiniano, per ispirarsi al diritto e alla giurisprudenza italiana»): quella di attenersi rigorosamente alle fonti del diritto sammarinese. Una preoccupazione quanto mai attuale.

Il risultato del sopradDETTO impegno di rilettura della “nostra” giurisprudenza dottrinale – così la voglio chiamare, per distinguerla dal significato che si dà comunemente al termine in Italia e altrove – e un impegno di massimazione che possa condurre a formare dei testi normativi guida settoriali – e non so quale possa essere in tutto ciò un intervento, doveroso, del Consiglio Grande e Generale –. Si

otterrebbe così un “*ius scriptum*”, senza abdicare al sistema aperto delle fonti che è la caratteristica saliente del diritto sammarinese, ma superando le difficoltà che il *ius commune* e il diritto consuetudinario incontrano in un oggi che ha abbandonato la conoscenza di quella lingua latina, in cui quel *ius commune* e quelle *consuetudines* si esprimevano, e che, di conseguenza, non è sempre posto in grado di apprenderne la metodologia.

Non si tratta soltanto di richiamare astrattamente, e con faciloneria, il principio di ragionevolezza che è in traccia in quella Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell’ordinamento sammarinese, la legge 8 luglio 1974 n. 59, che rapporta l’ordinamento sammarinese alla realtà costituzionale europea più moderna. Pure quella ragionevolezza è spesso richiamata, e anch’essa ha la sua base nel diritto comune: «quel requisito di ragionevolezza che ne costituisce il requisito fondamentale e che pure si riallaccia – come è stato scritto – alla tradizione dottrinale del diritto comune circa la *rationabilitas* della

legge e della consuetudine » scriveva un Consulente nel 1991 (parere 2 marzo 1991, Gualandi).⁵

Non si tratta soltanto di inserire a iosa parole, brocardi, frasi latine.

Si tratta di leggere, di saper leggere anche attraverso i pareri e le sentenze di quella giurisprudenza, l'antico *ius commune*, e di operare un processo di riorganizzazione del materiale in massimari e repertori.

⁵ Nel caso si disputava circa la legittimità degli artt. 2 e 3 del Decreto 26 aprile 1976 n. 15 (Testo Unico delle disposizioni legislative sugli assegni familiari) in rapporto agli artt. 4 e 12 della legge 8 luglio 1974 n. 59, ed in particolare la 'ragionevolezza' viene citata per rifiutare l'illegittimità protestata a fronte dell'art. 12 in quanto «per quanto attiene al principio di uguaglianza, che, secondo i più moderni e 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 requisito 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» (si trattava della individuazione della figura del "capo-famiglia", il padre o la madre, sulla base del rapporto di lavoro o della disponibilità di reddito, al fine della corresponsione degli assegni familiari).

È una lettura irta e difficile (ne ho qui qualche esempio).

Prendo infatti a riprova un parere del Consulente Giovanni Gualandi del 1985 su una questione relativa all'impugnabilità di una sentenza.

E stralcio dalle dense pagine i tratti più significativi che illustrano la costruzione del pensiero (del parere) attraverso una infinita varietà di fonti suggestivamente intrecciate, che hanno determinato nel tempo il diritto comune: 1) la dottrina antica intessuta di grandi nomi; 2) *Leges Statutae*, nuove leggi e giurisprudenza sammarinese; 3) ancora *Leges Statutae*, giurisprudenza e dottrina; 4) giurisprudenza sammarinese. E tutto in un solo parere!⁶

<p>Consiglio dei XII, 12 luglio 1985 (Consulente G. GUALANDI)</p>

⁶ Ma ugualmente si potrebbero citare le consulenze di Giovanni Gualandi, per es., sull'arricchimento senza causa e la mora (Consiglio dei XII 1 luglio 1987, cons. G. Gualandi, in *Giur. samm.* 1981-90, p. 272 ss.), o sul contratto di vendita (Consiglio dei XII 17 luglio 1985, cons. G. Gualandi, in *Giur. samm.* 1981-90, p. 245 ss.).

Causa n. 693, anno 1982

“Restitutio in integrum” e querela di nullità - Rimedi straordinari - Consiglio dei XII - Funzioni di giurisdizione ordinaria

« Contro la sentenza definitiva sono consentiti i rimedi straordinari della "*restitutio in integrum*" e della "*querela nullitatis*".

Tali rimedi sono esperibili innanzi al Consiglio Grande e Generale, anche cumulativamente, non vigendo per le impugnazioni straordinarie il principio "*altera electa alteram consumi*": proprio delle azioni ordinarie.

Le funzioni di giurisdizione ordinaria attribuite al Consiglio dei XII sono tassativamente elencate all'art. 2 della legge 5 giugno 1923 n. 13; tra esse non è annoverata la cognizione della "*restitutio in integrum*" e della "*querela nullitatis*».

1) LA DOTTRINA DI DIRITTO COMUNE

« Contro una sentenza definitiva, cioè non più impugnabile con i gravami ordinari o 1)

perché questi non siano stati proposti tempestivamente o 2) perché siano rimasti senza effetto o 3) perché ne sia esaurita la serie e, infine, 4) perché non ne sia ammesso alcuno, **la legislazione statutaria sammarinese** (Lib. IV, rubr. 11, 55 666 e 669) consente, in conformità con il diritto comune, l'esperimento di due rimedi straordinari, l'**in integrum restitutio** e l'azione di nullità (*querela nullitatis*), secondo un corpus di regole e di principi alla cui organica elaborazione hanno concorso sia la dottrina, in ispecie canonistica, sia - ovviamente con minori remore teoretiche - la prassi dei Tribunali (**dell'amplissima letteratura**, sia trattatistica che giurisprudenziale, basti qui rinviare, a mero titolo indicativo, per la in integrum restitutio, **TANCREDI** bononiensis, *Ordo iudiciarius*, Pars 4. Tit. 6 (De in integrum restitutione), in **PILLII, TANCREDI, GRATIAE** *Libri de iudiciorum ordine*, ed. Fr. **BERGMANN**, Gottingae 1842, pp. 305-314; **GULIELMI DURANDI**, *Speculum iuris*, Lib. 11. Partic. 111. De restitutione in integrum [ed. Venetiis 1602, Pars secunda, pp. 889-9021; **IOANNES MAURITIUS**, *Restitutionis in integrum materia ad amussim excussa*, Parisiis 1548; **SFORTIAE ODDI**, *De Restitutione in*

integrum Tractatus, ed. Venetiis 1623; Praxis novissimae Sac. Reg. Com. Neap. **IULII CAESARIS GALLUPPI**, cum additionibus **R.D. FRANCISCI VERDE**, Neapoli 1665, Pars 111, Cap. V (*De remedio restitutionis in integrum, impediende executionem sententiae*), pp. 267-270; **LUCIUS FERRARIS**, *S.V.R. restitutio in integrum*, in *Prompta Bibliotheca canonica, juridico-moralis theologica* [ed. Bononiae 1746, Tomus Sextus, pp. 899-906]; **LEONARDI RICCI**, *Praxeos formulariae iudicii executivi, et ordinarii*, Tomus quartus, Neapoli 1780, *Novus tractatus de remediis post sententiam proponendis*, § 111. De in integrum restitutione, pp. 231-232; **Sentenza** di grado straordinario del Consiglio Grande e Generale 6 settembre 1968 [**Consulente: Avv. Prof. Arturo Carlo Jemolo**], in *Giur. Samm.*, IV, 1, 1964- 1969, pp. 11 - 12 e 23-24; per l'azione di nullità, **TANCREDI** bononiensis, *Ordo iudiciarius*, Pars 4. Tit. 2 (*Quae sententia sit ipso iure nulla*), in ed. cit., pp. 276-280; **GULIELMI DURANDI**, *Speculum iuris*, Lib. 11. Partic. 111 (*De Sententia et de his, quae ipsam sequuntur rubr.*), *Quibus modis sententia sublevetur, impugnetur, seu retractetur* [ed. cit., Pars secunda, pp. 806-816]; **[PSEUDO] ANDREAE ALCIATI**, *Iudicarii processus*

compendium atque adeo Iuris utriusque praxis, ed. Coloniae 1565, cc. 245v-246r; **LEONARDI RICCI**, *Praxeos formulariae iudicii executivi, et ordinarii*, Tomus Quartus, cit., *Novus Tractatus de remediis post sententiam proponendis*, 5 11. De nullitatibus, p. 230; Sentenza di grado straordinario del Consiglio Grande e Generale 6 settembre 1968, cit., p. 11) ».

2) LEGES STATUTAE, NUOVE LEGGI E GIURISPRUDENZA SAMMARINESE

« . . . ed è motivo di radicale sovvertimento dei principi del diritto pubblico fissati e definiti nella rubr. XXII, 5 27 del Lib. I delle **Leges Statutae** ("Si quis ab aliquo praecepto, vel aliqua alia re extraordinaria se gravatum esse praesumpserit ad Consilium duodecim virorum ... recurrere possit") e nell'art. 5 n. 1 **della richiamata legge 5 giugno 1923 n. 13** ("un atto, provvedimento, deliberazione, precetto di indole amministrativa"). (V., anche, per diffusi svolgimenti in terminis **la sentenza di III grado del Consiglio dei XII 23 marzo 1967 [Consulente: Prof. Ugo Gualazzini]**, in Giur. Samm., IV, 1, 1964-1969, p. 65 ss., segnatamente p. 73 ss.) ».

3) LEGES STATUTAE, GIURISPRUDENZA E DOTTRINA

« A tenore delle Leges Statutae (Lib. IV, rubr. II, §§ 666 e 669) la in integrum restitutio va domandata al Giudice delle Appellazioni. La portata precettiva della norma statutaria risulta, peraltro, svuotata dalla consuetudine interpretativa, decisamente affermata dopo la decisione del Consiglio Principe e Sovrano 27 aprile 1905 assunta su parere del Prof. Vittorio Scialoja (in Giur. Samm., I, 1, 1963, pp. 174-183), che di tale rimedio eccezionale vuole sia investito il Consiglio Grande e Generale (v. Sentenza di grado straordinario del Consiglio Grande e Generale 6 settembre 1968 [Consulente: Avv. Prof. Arturo Carlo Jemolo], cit., p. 9 ss. relativa alle cause Soc. an. Pioneer, Cesare Silvagni, Giuseppe Tonelli, Simone Michelotti, Alcide Delouvy, Soc. an. Salas. V., anche, da ultimo, **BONELLI**, *Gli organi dei poteri pubblici nell'ordinamento della Repubblica di San Marino*, R.S.M. 1984, p. 48). Si tratta di consuetudine interpretativa cui non può disconoscersi, sotto il profilo storico-sistematico, un saldo e preciso fondamento ».

4) GIURISPRUDENZA SAMMARINESE

« La *querela nullitatis* si intenta, sempre a norma dello Statuto, davanti al Giudice delle Appellazioni (v. **Sentenza di I grado 19 agosto 1961**, in Giur. Samm., II,3, 1964, pp. 268-272) o, "in casibus in quibus iure communi permittitur" (Lib. IV, rubr. II, § 666 in fine), davanti al giudice ordinario (v. **Sentenze di I grado 28 maggio 1948**, in Giur. Samm., I, 2, 1963, pp. 204-209; 10 luglio 1948, ibidem, pp. 209-210; 3 febbraio 1954, ibidem, pp. 319-320)) che non è necessariamente il giudice che ha emesso la sentenza, ma può essere quello che è chiamato a darle esecuzione (v. **Sentenza di I grado 21 ottobre 1953**, in Giur. Samm., I, 2, 1963, pp. 3 1 1-3 14, a proposito delle decisioni della Commissione Governativa di Assistenza e Previdenza). Nella più recente giurisprudenza sammarinese, però, anche l'azione di nullità, quale *auxilium straordinario*, è stata devoluta alla decisione del Consiglio Grande e Generale, con l'assistenza di un Sapiente (v. **Sentenza di grado straordinario del Consiglio Grande**

e Generale 6 settembre 1968 [Consulente
Avv. Prof. Arturo Carlo Jemolo], cit., p. 9
ss. relativa alle cause Soc. an. Pioneer, Simone
Michelotti, Alcide Delouvy) ».

Una lettura, una massimazione difficile,
impegnativa.

Ma, alla luce di quella unicità di San Marino e dei
sopra detti scopi, sarebbe una lettura davvero
entusiasmante.

INTERVENTI

Il diritto e il processo civile sammarinese fra tradizione e innovazione

Giovanni Canzio

*Primo Presidente emerito della Corte Suprema di Cassazione italiana
Dirigente del Tribunale della Repubblica di San Marino*

1. In occasione della presentazione del trattato di Valeria Pierfelici, Giudice di appello, sul diritto civile e processuale civile sammarinese l'Istituto Giuridico Sammarinese ha riunito una comunità di giuristi, invitati a dialogare intorno a un ordinamento che non sembra affatto rappresentare un mero relitto storico ma che – a mio avviso – in effetti si proietta nel futuro.

La seconda metà del XX secolo, dopo la Seconda guerra mondiale, ha segnato con nettezza la crisi irreversibile dell'età della codificazione: la complessità del reale ha messo in crisi i sistemi chiusi e autoritari costringendoli – tutti – ad aprirsi verso un modello *multilevel* delle fonti regolatrici. Tra queste riveste uno straordinario rilievo il diritto giurisprudenziale. È al giudice che il cittadino si rivolge per ottenere una risposta alle proprie aspettative o il riconoscimento dei propri diritti, è davanti al giudice che emerge l'ansia di verità e di giustizia del singolo e della collettività. Sicché il giudice, per orientarsi adeguatamente nella ricerca della regola del caso concreto sottoposto al suo esame, ha il dovere etico, ancor prima e più che giuridico, di conoscere e di avvalersi di ogni strumento ermeneutico messo a disposizione dal sistema: dalla legge scritta alla Costituzione, dal diritto europeo alla giurisprudenza della CEDU o della CGUE, in un rapporto non semplice fra principi generali, valori e regole dettati a garanzia dei diritti fondamentali della persona.

Il giudice non può rifugiarsi dietro formule burocratiche, bensì ha l'obbligo costituzionale di emettere decisioni che siano efficaci e di qualità, al fine di implementare la fiducia dei cittadini nel sistema di giustizia e, con esso, nei valori democratici dello Stato di diritto.

Il processo, crogiuolo dell'esperienza giudiziaria, si rivela dunque il luogo privilegiato del diritto e dei ragionamenti, quelli delle parti che si confrontano dialetticamente e quello del giudice che istruisce e decide, dubitando o convincendosi. Il che si riflette sullo statuto epistemologico della giurisdizione che s'innerva, attraverso la continua esplicitazione delle ragioni dei protagonisti intorno ai fatti, alle circostanze, alle prove, agli indizi, in direzione della soluzione della *quaestio facti* e della *quaestio iuris* sottoposte al vaglio giudiziale.

Nel corso di questo secolo i due sistemi apparentemente distanti, *Civil Law* e *Common Law*, in realtà sono andati progressivamente ravvicinandosi: il giudice anglosassone, nonostante il vincolo dello *stare decisis* (*et quia non movere*) ha a sua disposizione anche

taluni apparati normativi codificati; il giudice continentale, a sua volta, si avvale, oltre che della legislazione positiva, dell'ampio e ricco tessuto dello ius, integrato dal diritto vivente e dagli orientamenti della giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

2. Il labirinto delle fonti, tuttavia, preoccupa legittimamente la comunità dei giuristi. Da un lato, Paolo Grossi esalta la figura del giudice interprete che si svincola dalla tradizione del positivismo giuridico e si avventura sul terreno della “invenzione” del diritto vivente nella ricerca della regola più giusta per il caso. Dall'altro, Natalino Irti avverte che dietro al multilivello delle fonti regolatrici si può nascondere l'arbitrio del giudice nella “incalcolabile” liquidità delle scelte giudiziali fra *principia* e *regulae*.

Resta dunque aperto il problema di fondo: come assicurare la certezza del diritto e l'uniformità della sua applicazione mediante tecniche di regolamentazione dell'opera selettiva del giudice interprete nella formazione del diritto vivente. Ebbene, può fare da argine all'arbitrio giudiziale la

costruzione di una rete di “precedenti” autorevoli – *auctoritas rerum similiter iudicatarum* – nell’esercizio della funzione nomofilattica da parte degli organi di vertice della giurisdizione: in Italia la Suprema Corte di Cassazione. La discrezionalità sarebbe così vincolata al rispetto del metodo ermeneutico di selezione della regola del caso concreto, consentendosi talora il distacco dal precedente autorevole se il caso concreto all’esame del giudice è considerato diverso da quello già giudicato o, a certe condizioni, addirittura l’avvio della più complessa e difficoltosa operazione di *overruling*, cioè di superamento del principio tradizionale ripetutamente affermato nel passato con la fissazione di un nuovo principio di diritto valido per il futuro.

Il ruolo dell’interprete richiama dunque fortemente al senso di responsabilità del giudice nel corretto utilizzo della “grammatica dell’interpretazione”, cioè di quei canoni metodologici che indirizzano il giudice non nel senso della mera conformazione al precedente ma della tendenziale coerenza del sistema, in funzione

della riduzione degli spazi di incertezza del diritto e della costruzione di un più largo e uniforme *ius commune*.

3. Un'esperienza importante si rivela dunque quella sammarinese, un vero e proprio laboratorio in cui, senza rinunciare agli enunciati dello *ius scriptum* in taluni settori, nello stesso tempo non si è mai considerato un relitto storico il riferimento alle *leges statutae* e alle antiche *laudabiles consuetudines*, nell'opera ricostruttiva e parzialmente integrativa del giudice, chiamato a muoversi anche fra i principi del diritto romano classico e della scienza romanistica e gli sviluppi ermeneutici dei grandi giuristi del Medioevo e dei secoli successivi, come ha sapientemente illustrato la Professoressa Anna Maria Giomaro nella sua relazione introduttiva sulle fonti del diritto sammarinese.

Vengono così a delinearsi gli orizzonti – anche europei – delle prospettive future del modello sammarinese ed altresì a definirsi, di conseguenza, gli obiettivi che l'Istituto Giuridico Sammarinese può

perseguire al fine della compiuta elaborazione e conoscenza della rete dei precedenti. Nel piano dell'opera a me sembra preminente la ricognizione sistematica, la selezione e la raccolta accurate da parte degli studiosi delle fattispecie paradigmatiche, così da consentire una sorta di codificazione – non è un ossimoro! – del diritto giurisprudenziale sammarinese. La Corte europea dei diritti dell'uomo insegna che la conoscibilità, la comprensibilità e con esse la prevedibilità del diritto costituiscono un preciso diritto dei cittadini, chiamati a conformare il proprio comportamento alla legalità dell'agire.

Si apprezza pertanto l'opera ricostruttiva di Valeria Pierfelici che mette in ordine il sapere esperienziale accumulato dalla giurisdizione civile sammarinese nel corso dei secoli, al fine di consentire la moderna e puntuale grammatica dei tipi, delle fattispecie negoziali, dei paradigmi, delle regole logiche con le quali le parti e i giudici debbono fare i conti nel ragionare, nella complessità del reale, in vista della soluzione dei conflitti.

4. Va peraltro avvertito che il giudice interprete, insieme con il progressivo incremento del suo potere decisorio, non può non vedere innalzato il metro di valutazione della sua indipendenza, terzietà, professionalità e responsabilità: procedono all'unisono ricchezza e duttilità del potere, da un lato, ampiezza della professionalità e responsabilità, anche deontologica, efficiente e tempestiva organizzazione del servizio, dall'altro. Un passo necessario, questo, che la Repubblica di San Marino ha saputo affrontare – almeno a me sembra – con la stagione delle riforme ordinamentali negli anni 2021-2022.

Mette conto, infine, di rimarcare che il cittadino richiede al giudice di esprimersi in un linguaggio chiaro, essenziale e preciso, tale da poter essere compreso da chiunque. Essendo la giurisdizione l'istituzione della ragione per eccellenza, sia gli avvocati che i giudici hanno il dovere di dare spiegazioni non autoreferenziali dei rispettivi atti e decisioni, facendo uso di un linguaggio semplice e comprensibile, perché si realizzi efficacemente la garanzia dei diritti fondamentali della persona anche

negli aspetti della conoscibilità dei precetti, dei principi e delle regole da parte dell'agente e della ragionevole prevedibilità degli esiti delle controversie.

All'inesauribile e *multilevel* spazio delle fonti del diritto corrisponde un diffuso e parimenti *multilevel* orizzonte di poteri e responsabilità del giudice interprete: insomma, *simul stabunt vel simul cadent*.

Alfredo Nicolini

*Presidente dell'Ordine degli Avvocati e Notai
della Repubblica di San Marino*

Io sono un artigiano del diritto, non ho ambizioni di essere uno studioso, sono uno che giornalmente deve applicare la norma perché deve portare avanti la scrittura di un contratto piuttosto che la stesura di una citazione, vedo le cose da un taglio pratico perché questo è il mio mestiere.

Nella sua relazione la Professoressa Giomaro ha evocato il nome dell'Avvocato Bonelli. Ricordo con piacere l'Avvocato Renzo Bonelli, perché era lui che andava dicendo nei corridoi del Tribunale questa frase: “io sono un artigiano del diritto” senza voler sminuire la funzione ma per enfatizzare il fatto che noi siamo dei pratici.

Il mio intento oggi non è certo quello di elevare ulteriormente il dibattito. Io sono qui per festeggiare,

perché la pubblicazione di un nuovo libro è sempre un evento da festeggiare. In particolare questo libro, scritto dalla Professoressa Pierfelici con la collaborazione del Commissario Santoni e dell'Uditore Zaghini qui presenti, è un'operazione di altissimo valore culturale, perché ricordiamoci sempre che il diritto è cultura: non possiamo nasconderci che una parte essenziale, direi fondamentale della cultura di un paese e di una popolazione, unitamente alla letteratura, alla musica, all'arte ecc., è il diritto, perché il diritto è parte imprescindibile ed importantissima del vivere comune di qualsiasi comunità. Qualcuno ha detto che il diritto non è scritto sulle nuvole ma è scritto sulla pelle delle persone ed è questa l'importanza e il valore del diritto nella comunità.

Nel nostro caso, poi, è importantissima questa operazione di rivalutazione e valorizzazione del nostro diritto sammarinese. È importantissima anche perché il paese si sta avviando a sottoscrivere gli accordi di associazione con l'Unione Europea. L'importanza sta tutta nel fatto che il nostro diritto, la nostra tradizione giuridica è uno di quegli elementi

che ci potrà permettere di distinguerci, perché, altrimenti, San Marino rischia di essere una goccia d'acqua persa nell'oceano della globalizzazione europea.

Come hanno evidenziato i relatori intervenuti prima di me e, in particolare il Professor Pascucci, è grazie ad un piccolo snodo storico se oggi possiamo avere ancora questo sistema basato sul diritto comune per larga parte del nostro diritto privato. Sarebbe stato molto semplice entrare nel sistema del Codice napoleonico e, quindi, elaborare una codificazione moderna.

È certo che San Marino, inserito in un contesto internazionale più ampio, ha qualcosa da dire solo se sarà capace di preservare la propria identità culturale. Altrimenti, considerato che non siamo la Germania, non avremmo avuto nessun tipo di peso specialmente in Europa e ci saremmo persi nelle onde del Mare Europeo. Invece dobbiamo continuare ad evidenziare la nostra unicità.

L'opera della Professoressa Pierfelici è importantissima perché riscopre ed evidenzia la

nostra unicità giuridica: sottolinea con l'evidenziatore il nostro essere particolari perché abbiamo avuto cento, duecento anni di evoluzione giuridica che non ha avuto quasi nessun altro paese.

Senz'altro non l'ha avuta la vicina Italia, che ha avuto tutt'altra esperienza giuridica, certo non sta a me dare giudizi di merito su quale dei due paesi abbia fatto il cammino migliore. Io dico che noi abbiamo fatto un cammino particolare e la riscoperta di questo cammino, la nostra identità e il nostro sapere culturale giuridico è un valore primario, che deve essere difeso, valorizzato e propagandato.

La relazione del Presidente Canzio mi ha fatto venire in mente un altro argomento: dobbiamo avere ben chiaro che il diritto non corrisponde alla legge, la legge è una parte del diritto, il diritto è ben più della legge. La tradizione culturale che tutti noi abbiamo studiato laureandoci in giurisprudenza nelle università italiane, forse anche perché abbiamo studiato frettolosamente e in modo disattento, ci porta ad identificare il diritto con la legge, ma non è così perché il diritto è ben di più. Questo volume, questa

tradizione giuridica sammarinese che viene riportata sotto i riflettori oggi da questo lavoro lo dimostra, il diritto è qualcosa che non ha gli stessi confini degli Stati, il diritto è l'espressione generale di una regione ampia, tanto è vero che, pur con i distinguo del caso, la tradizione del diritto romano permea gran parte dell'Europa nonostante le codificazioni e nonostante tutto quello che è avvenuto.

Permettetemi di ribadire che questo è un giorno di festa perché quando si investe in cultura si ha sicuramente sempre un ritorno importante. Ed è un giorno di festa perché, oltre alla pubblicazione del volume della Professoressa Pierfelici, in questo periodo è ripartito l'Istituto Giudico Sammarinese, altro strumento importantissimo per valorizzare il nostro *unicum* giuridico, la nostra identità culturale, il nostro valore come comunità espressa attraverso il diritto che abbiamo prodotto e che produrremo.

Non di meno va festeggiata anche la ritrovata – pur se mai persa definitivamente – e rinnovata collaborazione tra Avvocatura e Tribunale. Un chiaro esempio di questa collaborazione, della quale io sono

felicissimo ma credo di poter esprimere anche quella di tutti i miei iscritti, è l'istituzione dei tavoli di confronto tra Avvocatura e Magistrati che stanno producendo e hanno prodotto, ma siamo solo a metà del guado, un prodotto straordinario. Stiamo lavorando alacremente per costruire quella che il Presidente Canzio chiama *soft law*: un insieme di regole condivise che vadano proprio nel senso di quella che è la prevedibilità del diritto.

E un altro fatto che merita un festeggiamento è che stiamo ancora vivendo una stagione delle riforme. Come ci ricordava poco fa il Professor Pascucci, non si sa come partano le stagioni delle riforme, ci vogliono tanti avvenimenti concomitanti per dare avvio ad una stagione delle riforme, ma noi per fortuna li abbiamo avuti e anche questo è un elemento importante da ricordare e da festeggiare perché in questo modo San Marino sta valorizzando se stesso.

In ultimo vorrei chiudere con una considerazione e una provocazione.

Ho fatto i compiti a casa e ho fatto una piccolissima ricerca per verificare quante leggi abbia

prodotto negli ultimi anni la Repubblica di San Marino. Noi come Paese produciamo tutti gli anni una quantità quasi abnorme di provvedimenti legislativi di vario tipo: 183 leggi nel 2018, 162 nel 2019, 224 nel 2020, 215 nel 2021 e 163 nel 2022.

In esito a questa ricerca, che mi è costato il sudore delle proverbiali sette camicie, ho tratto la conclusione che un piccolo paese come il nostro sta abusando dello strumento legislativo. Noi legiferiamo troppo ed è forse il caso di sedersi ad un tavolo e di valutare se non sia il caso, vista la riscoperta della nostra identità culturale giuridica legata al diritto comune, di inaugurare una stagione di delegificazione. Non di meno, facendo un altro sforzo di ricerca non indifferente, ho potuto verificare che anche la vicina Repubblica Italiana legifera in maniera copiosa: forse questo è il momento storico che ci dovrebbe portare a ragionare se tutta questa produzione legislativa sia davvero necessaria.

Infine vorrei concludere con i miei più sinceri ringraziamenti alla Professoressa Valeria Pierfelici, al Dottor Santoni e al Dottor Zaghini per questa opera

che per noi operatori del diritto è e sarà fondamentale. È un *unicum* in cui è raccolta gran parte del nostro sapere giuridico in materia di diritto privato.

Il ringraziamento non è solo da parte di noi avvocati abilitati, perché sarà uno strumento utilissimo sia di formazione che di lavoro, ma anche da parte dei tirocinanti perché, come si diceva questa mattina, questo libro va a colmare una lacuna grandissima del sistema giuridico sammarinese dove non c'era nessun manuale così organico in tema di diritto privato.

Io personalmente ritengo che tutte le volte che si investe in cultura e si fa uno sforzo per elevare il livello culturale della categoria, e per categoria intendo operatori del diritto, sia una delle cose più meritevoli che si possono fare perché noi siamo la nostra cultura.

Francesco Santoni

Commissario della legge

Ringrazio l'Istituto Giuridico per l'invito di oggi e tutti coloro che sono intervenuti.

La posizione nella quale mi trovo ad intervenire non è delle più semplici, ma ho provato a raccogliere questa sfida decidendo di condividere con voi qualche riflessione sui problemi nei quali si imbatte pressoché ogni giovane laureato che si avventura tra gli operatori del diritto (civile) sammarinese.

Il primo contatto avuto con il mondo del diritto, antecedente all'avvio della pratica forense, è stato proprio in occasione di una lezione organizzata dall'Istituto Giuridico nella quale si trattava del sistema dei contratti, i cui temi ricorrenti ritroverete, approfonditi, nelle pagine del volume che viene oggi presentato.

In quella lezione si è consumata, per me come per altri compagni di studio, la piccola tragedia dello studente di un sistema di *civil law* a fonti chiuse che inizia a confrontarsi con la pratica (e non solo con lo studio) di un sistema di diritto comune a fonti aperte.

Si parla infatti di un luogo dove le regole di interpretazione apprese nei corsi universitari e legate al sistema costruito sulla centralità di un codice emanato come legge nazionale non possono trovare una pedissequa applicazione, ma, soprattutto, si pone il grave problema del metodo con cui ricostruire gli istituti. La sequela “Codice, manuale, trattato, monografia, giurisprudenza”, che è il metodo di ricerca cui veniamo abituati sin dalla redazione della tesi universitaria, è qui completamente stravolta.

L'unico percorso possibile rimane infatti quello tracciato un secolo fa⁷: individuare le norme di

⁷ Cfr. la celeberrima sentenza del Giudice Appellazioni prof. Scialoja 12 agosto 1924, in *Giur samm.*, 1924, pag. 16: «*Il diritto comune qui vigente 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 particolar modo in Italia. Esso deve ricercarsi negli scritti dei più autorevoli*

provenienza statuale (Statuti e *reformationes*) di stretta interpretazione e integrarle con il diritto comune⁸.

Di fronte a queste fonti “concorrenti”, il primo tentativo di ognuno di noi è stato quello di cercare un “sistema”, ovvero un gruppo di regole generali ed astratte da applicare ai vari gruppi di norme: una teoria generale delle obbligazioni, dei contratti, etc.

Questo sforzo è inutile, oltre che fuorviante e dannoso⁹, fatto che si comprende nel momento in cui

giureconsulti, e nelle decisioni dei più rinomati Tribunali. Il diritto comune mercantile fa parte del diritto comune generale». Cfr. anche G. RAMOINO, Le fonti del diritto privato sammarinese, San Marino, 1928, pag. 11, nella sua ristampa avvenuta nell'anno 2000, riepilogava: «il diritto comune è sostanzialmente formato dal diritto romano giustiniano con le modifiche ad esso introdotte dal diritto canonico, dal diritto germanico e dal diritto statutario in cui si raccolsero le consuetudini».

⁸ G. RAMOINO, *op. cit.*, pag. 9: «per decidere un caso controverso, il giudice deve: 1) applicare lo statuto e le posteriori leggi che lo riformano e lo integrano (*reformationes*); 2) ove il primo e le seconde non contengano idonee disposizioni, applicare le lodevoli consuetudini locali; 3) o, ove anche queste non contengano disposizioni, applicare il diritto comune».

⁹ B. BRUGI, *Come conoscere facilmente il diritto comune*, in *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane*, Torino, 1921: «La conoscenza completa del diritto comune quale sistema (se pure una combinazione sistematica si può ravvisare in ogni parte di esso) è impossibile per chi non vi si dedichi con lungo studio e grande amore per tutta la vita».

affronta lo studio del diritto civile sammarinese con questa impostazione.

Nel mio caso, questa consapevolezza è maturata scrivendo un atto di citazione per una causa in materia di caparra confirmatoria versata a margine della sottoscrizione di una scrittura privata la cui natura di contratto perfetto o di promessa di vendita bilaterale – per ragioni attinenti alla fattispecie – non era così chiara. Lo studio sulle implicazioni di questa circostanza mi ha portato sino alle rubriche statutarie che prevedono una disciplina diversa per ciascuno dei due casi¹⁰.

¹⁰ Il riferimento è alle Rub. LXV libro II e XXVIII libro V. Cfr., in giurisprudenza, «*La apparente contraddizione esistente tra la Rub. LXV libro II e la Rub. XXVIII libro V delle Leges Statutae circa la caparra deve essere spiegata riportandosi al diritto comune ove l'opinione prevalente distingue tra la caparra data a seguito di semplice promessa o contratto non ancora definitivamente concluso (Rub. 28 del libro 5) della caparra data per un contratto già perfetto e in acconto al prezzo (Rub. 65 del libro 2). Le Leges Statutae (e in ciò si allontanano dalla opinione dominante del diritto comune) pongono a base di ambedue le ipotesi sopra indicate l'obbligo dei contraenti di dare piena esecuzione alla promessa o al contratto. Se tale esecuzione non viene data volontariamente allora occorre tener presente la premessa distinzione e cioè: a) se si tratta di promessa la parte pronta all'esecuzione ha la scelta di chiedere o l'adempimento della promessa o (rinunciando allo adempimento) a trattenere*

Da qui, proseguendo con gli approfondimenti che ognuno di noi avrebbe svolto, sono giunto a “toccare con mano” gli effetti pratici della struttura dei rimedi contrattuali nei contratti perfetti da una parte (che pure mi erano stati spiegati in quella famosa lezione di cui parlavo prima) e della struttura del contratto preliminare in un sistema come il nostro dall'altra parte. Contratto preliminare che peraltro non è il contratto preliminare che tutti noi abbiamo studiato durante il corso di diritto civile, ma una promessa

a proprie mani (a titolo di pena e di danni) la caparra se inadempiente è colui che l'ha versata o restituirla 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 la esecuzione del contratto ed inoltre la parte inadempiente deve sottostare, a titolo di pena e non ostante l'adempimento, alla perdita della caparra (se inadempiente è il compratore) o al raddoppio di essa (se l'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, lo inadempiente non lo esegua resta obbligato, oltre che alla perdita e alla duplicazione della caparra, al risarcimento dei danni come per qualunque violazione contrattuale (restando libero il creditore di vendere la cosa ad altri o di provvedersene altrove). In ogni caso di dubbio “arrha data in pecunia numerata, censetur data in partem pretii” (Conciolo, Ann. Statuto Gubbio, Rub. II, Lib. II)» (sentenza del Commissario della Legge G. Ramoino 8 febbraio 1951, in Giur. samm., 1963, 2, pag. 247).

bilaterale accettata di cui la caparra, secondo la tradizione (*arrha*) altro non è che la prova della serietà dell'impegno.

Proprio in quella occasione, ho potuto per la prima volta toccare con mano che l'approccio storico e casistico costituisce la chiave di lettura del nostro diritto civile, attraverso la quale ci si può orientare in quella che potrebbe apparire ad uno sguardo inesperto una "giungla" di fonti.

Il percorso iniziato quel giorno è proseguito in Tribunale, grazie al tempo che ho potuto dedicare allo studio e all'applicazione al settore civile e, al tempo stesso, al dialogo continuo e costante con i colleghi civilisti. Proprio questo lavoro, in particolar modo quello svolto nel prezioso periodo di assegnazione a Valeria Pierfelici, è la causa della mia presenza qui oggi. Le (poche) righe riferite a me in questo libro sono infatti l'espressione di quei momenti di studio, ricerca e confronto su alcuni istituti in casi che – per la loro struttura – richiedevano o meritavano un approfondimento.

Condivido con voi solamente due momenti. Quello relativo allo studio della prescrizione come vicenda dell'azione e non del diritto e quello relativo alla transazione.

L'ordinamento sammarinese, basato su quello romano, concepisce la prescrizione come effetto giuridico attribuito al trascorrere del tempo che colpisce non il diritto ma l'azione. Questa soluzione, rispetto ai sistemi in cui la prescrizione è una vicenda del diritto, presenta alcuni indubbi vantaggi. Non estinguendosi il diritto, l'eccezione sopravvive alla decorrenza del termine senza bisogno di previsioni normative; il debito prescritto non è soggetto a ripetizione. In questo modo si risolve uno dei problemi che più ha affaticato la dottrina italiana che, per risolvere il problema, ha qualificato il pagamento del debito prescritto come adempimento ad un'obbligazione naturale (art. 2034 c.c.), della quale – tuttavia - non ha i caratteri, non essendo un'obbligazione morale o sociale. Il fatto che si tratti di una vicenda dell'azione consente di sostenere che si applichi alla prescrizione la *lex fori*, con una

soluzione conosciuta anche da altri ordinamenti moderni (basti pensare all'Inghilterra) quale portato genetico dell'origine rimediale di questa soluzione in entrambi gli ordinamenti.

Un altro momento è quello relativo allo studio della transazione ed alla possibilità di apporre la condizione risolutiva di cui all'art. 1353 c.c. È un tema di grande incidenza pratica in tempo di crisi economica, che consente di “toccare con mano” le differenze tra un ordinamento organizzato su in sistema di contratti atipici con una teoria generale del contratto (in cui è racchiusa la disciplina delle sue vicende, modifiche e degli elementi accidentali) ed uno, come il nostro, strutturato con contratti tipici.

Nel nostro sistema la transazione è un modo di troncare la lite che può (ma non necessariamente deve) essere contenuta in un contratto, i cui elementi costitutivi sono le reciproche concessioni che le parti si fanno al fine di prevenire una lite futura o attuale, alle quali corrisponde l'effetto di reg giudicata, con una novazione del precedente assetto obbligatorio con quello risultante dalla transazione.

Sia i giustinianeî che i giuristi medievali non mettono mai in discussione l'efficacia novativa della transazione, tanto che l'effetto novativo non può mai essere escluso ma, eventualmente, regolato per mezzo dell'apposizione di una condizione sospensiva, mentre è espressamente esclusa l'apponibilità di una clausola risolutiva espressa (cfr. C. 2.4.9). La novazione pertanto è un effetto necessario della nostra transazione, al verificarsi del quale non si può tornare indietro se non nel caso di lesione enormissima. Ecco allora che, per regolare l'assetto degli interessi delle parti soccorre la condizione, che consente di sospendere l'effetto di cosa giudicata sino al verificarsi di un evento indicato dalle parti.

La *ratio* è evidente: nel nostro sistema la condizione è un elemento con cui le parti subordinano al verificarsi di uno o più eventi predeterminati un certo effetto giuridico (es. se Tizio pagherà a Caio $\frac{1}{2}$ del dovuto entro il giorno X, Caio rinuncerà all'azione). Di contro, la clausola risolutiva espressa (*lex commissoria*) è un patto aggiunto alla vendita, unico contratto consensuale istantaneo a non avere un

rimedio diverso dall'azione per l'adempimento (nel mandato revoca o rinuncia, nella locazione e nella *societas*, recesso). Questa circostanza chiarisce la ratio del divieto giustiniano: se l'effetto della transazione è la regiudicata, l'effetto non può essere posto nel nulla una volta che si è verificato (che è proprio l'effetto della *lex commissoria*, alla quale conseguono le obbligazioni di ripetizione delle prestazioni eseguite).

Stiamo parlando di un assetto completamente diverso da quello approntato dal codice civile (art. 1976 c.c.), in cui l'apponibilità della condizione risolutiva trova il proprio fondamento nella teoria generale della condizione nei contratti. Nel diritto romano, la *condicio* era unitaria ed era quella sospensiva. Questo articolo segna il passaggio dalla *condicio* alle condizioni come elemento accidentale del contratto, in conseguenza delle quali il legislatore ha dovuto, per mantenere la coerenza del sistema rimettere l'effetto novativo alla volontà delle parti.

Quello sammarinese è un sistema diverso da quello italiano, nel quale è comunque possibile regolare il momento in cui si verifica l'effetto estintivo proprio

della transazione per mezzo della condizione sospensiva.

Proprio in queste occasioni ho lavorato ad una consapevole formazione come giurista che opera in un sistema a fonti aperte, chiamato non solo a spolverare e leggere vecchi libri e sentenze, ma a comprendere la dimensione problematica del fenomeno sottostante all'istituto attualizzandola al contesto storico in cui opera, invertendo così l'approccio iniziale.

Concludo dicendo che il nostro diritto comune, lontano dall'avere bisogno della nostra difesa, necessita invece di un costante lavoro senza fine di riscoperta e attualizzazione che noi tutti, magistrati, avvocati e professori, siamo chiamati a svolgere insieme, ciascuno offrendo il proprio apporto, lontani dalla tentazione di imitare acriticamente soluzioni pensate per altri sistemi e contesti, con i quali dobbiamo pure essere sempre pronti a confrontarci. Oltre un secolo fa abbiamo deciso di resistere alle

sirene che ci invitavano verso l'adozione di un codice civile, il cui mito è caduto ovunque da molti anni¹¹.

Il progetto Brini, consegnato nel 1898 al Consiglio Grande e Generale che lo aveva commissionato, è stato abbandonato senza troppe discussioni proprio perché – riprendendo i principi del diritto comune – l'effetto della sua adozione si sarebbe ridotto alla chiusura del sistema delle fonti, passo che il Consiglio, fortunatamente, non si è determinato a fare. Nella relazione sullo stato della giustizia, poco dopo la consegna del progetto, Torquato Carlo Giannini scriveva che il diritto comune era ancora perfettamente adeguato alle esigenze di quella San Marino perché conosciuto e rispettato da tutti i cittadini e la struttura dei rapporti economici e sociali non richiedeva un cambiamento radicale come quello dell'adozione di un codice. Oggi, di fronte ad una realtà completamente mutata il diritto comune rimane la miglior soluzione possibile: la struttura per principi

¹¹ Cfr., in particolare, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986.

e l'approccio casistico consentono la naturale apertura ai contesti sovranazionali con cui oggi tutti siamo chiamati a confrontarci.

L'opera di riscoperta, sistemazione e divulgazione iniziata negli anni novanta ha consentito a tutti noi di recuperare la coscienza del nostro sistema ed il metodo con cui dev'essere studiato ed applicato. Il compito del giurista pratico (tanto avvocato che magistrato) è quello di superare la necessità di riproporre formule o concetti oramai recuperati ed approfondire gli aspetti peculiari del caso concreto per individuare ciò che, ancor oggi, merita un approfondimento o una attualizzazione.

Elia Zaghini

Uditore commissariale

Innanzitutto ringrazio i relatori che mi hanno preceduto, il Professor Pascucci, l'Istituto Giuridico Sammarinese per l'organizzazione del convegno, i patrocinatori dell'evento e, infine, tutte le persone che hanno ritenuto di parteciparvi. Un ringraziamento speciale va a Valeria Pierfelici che mi ha coinvolto in questo progetto.

Non intendo dilungarmi sugli istituti trattati nell'opera, nemmeno su quelli per cui ho dato il mio contributo, anche tenuto conto dei relatori che mi hanno preceduto e che mi seguiranno e della qualità della platea.

Vorrei invece spendere due parole sul percorso che mi ha portato a collaborare al progetto e che mi vede qui a portare la mia testimonianza.

Quando mi sono laureato e ho deciso di intraprendere il mio percorso in magistratura ero consapevole, ma non troppo, che l'ordinamento sammarinese e, in particolare, il sistema delle fonti del diritto civile aveva delle peculiarità rilevanti rispetto all'ordinamento in cui mi ero formato. Quando sono entrato in magistratura ho potuto, però, toccare con mano tali differenze e, soprattutto, la diversità del metodo di approccio alle fonti.

In un sistema come quello in oggetto è imprescindibile, ancorché spesso difficoltoso, confrontarsi con le regole derivanti dal diritto romano, per poi ripercorrerne l'evoluzione nel diritto comune seguendo, secondo la loro autorevolezza intrinseca, quegli autori, già delineati da Giacomo Ramoino nel suo “*Le fonti del diritto privato sammarinese*”¹² e, ancor prima, dalla sentenza del Giudice delle Appellazioni Professor Scialoja del 12

¹² G. RAMOINO, *Le fonti del diritto privato sammarinese*, San Marino, 1928, p. 18, ora riedito a cura di Banca Agricola Commerciale, in *Le fonti del diritto privato sammarinese*, San Marino, 2000, pp. 9-25.

agosto 1924, nonché l'interpretazione che, su tali fonti, è stata data dalla giurisprudenza sammarinese. Gli autori citati da Ramoino – va precisato – non costituiscono una sorta di legge delle citazioni ma la declinazione in concreto del *dictum* di Scialoja. Solo infine va accertato se le norme sopravvenute, il c.d. *ius proprium*, sempre più preponderanti ma non assorbenti, sono intervenute a modificare la disciplina e, in caso positivo, in quali termini.

Tale metodo d'analisi consente di comprendere le basi, il perché una determinata norma è nata e come si è evoluta nel tempo sulla base delle diverse esigenze. I principi che l'hanno determinata, e poi ne hanno guidato l'evoluzione, costituiscono lo strumento interpretativo con cui adattare poi la regola al mutato substrato sociale, rendendo la norma di *ius commune* adattabile alle nuove esigenze e rendendo così spesso superfluo e non necessario l'intervento del legislatore.

Così il diritto sammarinese vive, senza bisogno di una codificazione, appoggiandosi al famoso inciso di

Arturo Carlo Jemolo¹³ - poi fatto proprio da Severino Caprioli - secondo il quale in un ordinamento che “*ha per sfondo il diritto comune i procedimenti interpretativi ed analogici debbono avere maggior sviluppo che non in un diritto il quale non conosce che la legge scritta*”.

Può apprezzarsi come ancora oggi, in San Marino, interi settori del diritto continuino ad essere disciplinati dal diritto comune e dalla consuetudine. Si pensi al sistema dei diritti reali, della proprietà fondiaria e delle servitù rustiche e urbane, come si è cercato di indicare nella parte dedicata dell’Opera.

Né tale regolamentazione appare anacronistica o non adeguata alle moderne esigenze sociali a testimonianza della capacità di tali fonti di evolversi e di evolvere anche grazie all’interpretazione giurisprudenziale. Ne è un esempio – per citarne qualcuno – la riconduzione degli oneri gravanti sul proprietario dei terreni oggetto di una convenzione di

¹³ Sentenza del Giudice Appellazioni prof. A.C. Jemolo 15 luglio 1953, in *Giur samm.*, 1963, 1, p. 34.

lottizzazione alle obbligazioni reali, la cui disciplina è stata teorizzata proprio dal diritto intermedio¹⁴.

Gli anni in magistratura mi hanno dato l'occasione di confrontarmi con numerosi istituti e questioni giuridiche. Ho potuto così toccare con mano le diversità di questo ordinamento rispetto a quello italiano che, spesso e volentieri, vengono indebitamente sovrapposti. Ho potuto altresì apprezzare come, a volte, le soluzioni sammarinesi, elaborate in continuità con le norme di *ius commune*, sono egualmente efficienti o addirittura più efficienti di quelle dell'ordinamento vicino, tanto che quest'ultimo è stato a volte costretto a ripristinarle dopo aver tentato di superarle.

Si pensi, per fare alcuni esempi, all'esistenza, molto più limitata nell'ordinamento sammarinese di quanto previsto nella vicina Italia, della regola “*possessione vale titolo*” in fatto di acquisti mobiliari a non domino: e cioè della regola per cui l'acquirente di buona fede di

¹⁴ P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano*, vol. II, diritti reali e successioni, Milano, 1943, p. 129 e ss.

una cosa mobile che ne ha ottenuto la consegna fa salvo l'acquisto effettuato a *non domino* in forza di un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà.

Il primo ha infatti mutuato dal diritto comune e confermato negli Statuti (rubr. LXX, libro II) la salvezza dell'acquisto solo in specifici e più limitati contesti¹⁵ rispetto a quanto previsto dall'art. 1153 cod. civ. che ha invece seguito, sul punto, l'evoluzione francese¹⁶. Ciò è avvenuto perché, a differenza dell'esperienza francese e tedesca, ove *saisine* e *gewere* erano essi stessi titolo, nell'esperienza romana la *traditio* non poteva prescindere dal titolo sicchè l'art. 1153 realizza un punto di compromesso richiedendo un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà.

L'esperienza sammarinese parte, invece, dalla *traditio* romana e, dunque, salvaguarda gli acquisti mobiliari a *non domino* solo in quei casi in cui l'affidamento dell'acquirente di buona fede e massimo come avviene, ad es., nell'esperienza inglese: dove

¹⁵ Acquisti effettuati in fiere, mercati o comunque da un commerciante o in un'asta giudiziaria.

¹⁶ Definita "*prescrizione istantanea*" nel Codice Napoleonico.

principio analogo si applica solo per i beni compravenduti a “mercato aperto”.

E' esempio di tali profonde differenze, ancora, l'efficacia dei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata. La proprietà, infatti, in San Marino, passa con la *traditio* e quindi con la consegna e non alla semplice congiunzione dei consensi come previsto dall'art. 1376 del codice civile italiano. Non va dimenticato, tuttavia, che anche quest'ultimo ordinamento, pur professandosi fedele al principio consensualistico, è costretto a “ripiegare” sulla consegna (e quindi sulla *traditio*) quanto si tratta di risolvere il conflitto tra più aventi causa in fatto di mobili (art. 1155 cod. civ.). Inoltre, pur prevedendo la trascrizione quale mezzo di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa dallo stesso alienante di un bene immobile, l'Italia mantiene in alcune regioni il sistema tavolare di origine germanica il quale realizza, ancora, proprio quella scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* che si è invece

inteso sopprimere in ossequio al principio consensualistico¹⁷.

Tra l'altro è interessante notare come sia nell'esperienza francese precodicistica (in cui comunque si teorizza il principio consensualistico) sia in quella tedesca il trasferimento della proprietà rimaneva comunque legato ad un atto di investitura nel possesso sostanzialmente astratto che realizzava quella scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* dei beni alla base dell'esperienza romana e che ancora oggi vige ad es. nell'ordinamento tedesco (§ 433 e il § 929 BGB) per gli immobili sotto la forma dell'intavolazione, senza che ciò sia in alcun modo di ostacolo ai traffici.

Anche l'ordinamento sammarinese, d'altronde, imitando quello vicino, ha introdotto la trascrizione degli acquisti immobiliari - disciplinata, da ultimo, dalla legge 29 ottobre 1981, n. 87 e ss.mm. - ma non si è avveduto - e da qui il pericolo dell'imitazione acritica della *lex loci vicinioris* - che, in un sistema in

¹⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, p. 302.

cui i contratti che trasferiscono la proprietà non hanno efficacia reale, la pubblicità dovrebbe cadere sull'effettuazione della *traditio* più che sul *titulus* o, comunque, anche sulla *traditio* quando non incorporata nel negozio (es. costituito possessorio). Così, infatti, storicamente avveniva in molti ordinamenti comunali che avevano mantenuto la coerenza con la regola romana¹⁸.

Il mantenimento dell'efficacia solo obbligatoria dei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, conservata dal diritto sammarinese nella sua continuità storica, è sicuramente una soluzione efficiente.

Prova ne è che, non solo altri ordinamenti moderni l'hanno mantenuta, ma anche che in Italia – che pur ha adottato il principio consensualistico – si è dovuta di fatto ripristinare – prendendo a prestito le parole di Francesco Gazzoni¹⁹ – la scissione tra *titulus* e *modus*

¹⁸ P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Parte II*, Milano, 1943, p. 73 e ss.

¹⁹ *Il contratto preliminare, Le teorie*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, testo elettronico, p. 2.

adquirendi con riferimento a tali tipologie contrattuali attraverso il contratto preliminare di cui all'art. 1351 del codice civile, il quale è profondamente diverso dalla promessa *de ineundo contractu* elaborata dal *Dumulin*²⁰ e da Giason del Maino²¹ nel diritto intermedio e poi transitata nel diritto sammarinese. Lo stesso è infatti trascrivibile (art. 2643 cod. civ.) con effetto prenotativo del futuro trasferimento immobiliare e, soprattutto, eseguibile coattivamente con sentenza che determina il trasferimento del diritto a fronte dell'inadempimento a contrarre della parte (art. 2932 cod. civ.).

Tale dinamica ha portato autorevoli studiosi quale Rodolfo Sacco²² a parlare di categoria “*parzialmente*

²⁰ Consilia et responsa iuris, Lione, 1582, Cons. 30, § 5 e 7.

²¹ *Consiliorum sive responsorum*, vol. I, Venetiis, 1581, consilium CXVII, § 1 – 3.

²² R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II° ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 1993, p. 56. Ma si veda anche R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Vicenza, 2016, p. 1222 ove l'A. afferma che la ragion d'essere del preliminare “è la medesima che presiede alla separazione tra vendita e atto traslativo nella maggior parte dei sistemi storici (ad es. diritto romano) e moderni (ad es., diritto angloamericano, tedesco, russo, cinese, ecc.)”.

mentitoria” perché “dissimula nel suo seno la vendita ad efficacia obbligatoria”.

Non può non osservarsi, infatti, come ineludibili ragioni pratiche (ad es. vendite sulla carta, necessità di adeguamenti e di accertamenti sulla conformità edilizia degli immobili, reperimento dei fondi per l’acquisto), inducano a scindere il momento traslativo del dominio dall’obbligazione di trasferire e prevalgano sull’affermazione del principio consensualistico introdotto dall’art. 1376 cod. civ.

L’ordinamento sammarinese - operando in quest’ambito nella continuità storica - ha invece mantenuto l’efficacia obbligatoria di tali contratti ed ha così operato una soluzione che meglio interpreta, come si diceva, i bisogni sociali al di là dell’affermazione del dogma della volontà.

I “*Lineamenti di diritto civile sammarinese*” sono, e concludo, per quanto mi riguarda e per le parti a cui ho collaborato, la testimonianza del metodo che ho descritto; testimonianza, altresì, dell’approccio che ogni giurista, a mio parere, dovrebbe avere nell’interfacciarsi col diritto civile sammarinese,

apprezzandone e, soprattutto, e questa è la cosa più importante, salvaguardandone le peculiarità, per evitare che esse muoiano.

Valeria Pierfelici

*Giudice d'appello del Tribunale della Repubblica di San Marino
Professoressa di diritto privato comparato
nell'Università di Urbino Carlo Bo*

1. Intervengo non per portare un contributo ai lavori, ma solo per ringraziare: d'altra parte, all'autore non può essere richiesto di commentare il suo lavoro. Sarà solo il tempo ed il dibattito successivo che consentirà di valutare se il “*programma*” illustrato nella Premessa, che poi che il cuore del libro, avrà stimolato quanto meno riflessioni sul senso del nostro diritto civile.

Prima di tutto vorrei ringraziare tutti voi, per l'accoglienza calorosa che avete voluto riservare a questa pubblicazione: come ha ben detto il Presidente Canzio, oggi si è riunita, facendo sentire la sua presenza, la intera comunità dei “giuristi”

sammarinesi, a testimoniare la vitalità del nostro diritto civile.

Proseguo con i ringraziamenti.

Il primo grazie sentito va ad Anna Maria Giomaro, che ha voluto testimoniare con la sua competenza specialistica, che la storicità del diritto è l'affermazione di un *continuum* ideale di soluzioni ai problemi quotidiani ispirate a “*giustizia*”: non l'attualità del diritto romano, ma il diritto romano quale fondamento di una cultura giuridica comune all'Europa, che San Marino ha il privilegio di avere conservato, ed adattato.

Anna Maria Giomaro ha sempre seguito con curiosità e sapienza gli sviluppi del diritto sammarinese, al quale ha portato anche un contributo pratico quale consulente del Consiglio dei XII, redigendo veri e propri *consilia sapientis*.

Ricordo, in particolare, il parere relativo all'eccezione di incompetenza territoriale datato 30 luglio 1997, nella causa civile n. 57 del 1996. Al di là della soluzione del caso, pure di rilevante interesse, l'aspetto che merita di essere evidenziato è relativo

all'indagine sulla fattispecie concreta: applicando il metodo casistico e non formalistico proprio dei giuristi romani, si procede ad una minuziosa ricostruzione fattuale del rapporto *inter partes* (fideiussione bancaria), per affermare che la sottoscrizione apposta espressamente alla clausola derogatoria del foro contenuta in un contratto concluso mediante accettazione di un modulo prestampato (in conformità al vecchio testo dell'art. 1342 c.c. italiano), non è idonea a far presumere, sono le sue parole, “*una esplicita volontà positiva di ambedue le parti, quanto una passiva accettazione della convenuta di fronte alla pretesa attrice*”.

Si fa dunque applicazione del criterio della *fides* romana, o meglio, della considerazione della clausola *ex fide bona* implicita nel contenuto del contratto, e dunque si fa riferimento al criterio della “*fiducia riposta reciprocamente dalle parti*”, che è poi la giustificazione della sinallagmaticità quale fondamento della vincolatività della promessa. E' l'applicazione concreta di un metodo che rifugge dalle costruzioni concettuali e rigide sulla base di qualificazioni astratte,

ma è espressione, invece, di quello che Aldo Schiavone²³ efficacemente descrive, sulla base del commento a Celso (D. 45, 1, 91, 3), “*un sapere giuridico capace di dimenticare questi schemi troppo vincolanti, in nome di una pratica orientata alla duttilità, dal ritorno al qualitativo, dalla ricerca senza pregiudizi dogmatici della soluzione più adeguata rispetto agli interessi in gioco*”.

Si tratta di una lezione che dobbiamo recuperare!

2. Il secondo ringraziamento va al Presidente Canzio per l'onore che ha voluto riservare al lavoro con una prefazione straordinaria, redatta assieme a Francesca Fieconi, Magistrato validissimo, e profondo conoscitore del diritto civile: entrambi hanno colto pienamente il senso del programma, che non è quello di presentare un “*diritto romano ammodernato*”, ma di utilizzare i suoi principi per verificare come possano essere risolti oggi i casi della vita, e renderlo conoscibile quale modello per la

²³ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017, p. 422.

costruzione di un moderno diritto privato comune europeo.

Ma il Presidente Canzio deve essere ringraziato soprattutto per il risveglio ideale che ha portato nell'attività del Tribunale, che non si è concretizzato solo sull'importantissimo versante delle riforme, necessarie ed attese da tempo, ma anche nella sua opera di sensibilizzazione verso la nomofilachia, quale argine a quella che lui plasticamente definisce la “*liquidità del diritto applicato*”²⁴, e verso l'acquisizione della consapevolezza, da parte dei giudici, del loro ruolo fondamentale di garanzia per l'affermazione della *Rule of law*, al quale deve sempre accompagnarsi la “*responsabilità*”, intesa come autodisciplina e studio.

Mi piace qui ricordare che il Presidente ha promosso la conclusione un Protocollo tra il Tribunale e l'Ordine degli Avvocati e Notai per l'istituzione di un tavolo permanente di confronto sui temi “*di comune interesse per l'amministrazione della*

²⁴ G. CANZIO-F. FIECONI, *Giustizia. Per una riforma che guarda all'Europa*, Milano, 2021, p. 172.

giustizia”, Tavolo, che, per quanto concerne il settore della giustizia civile, ha già prodotto l’elaborazione, da parte della Magistratura, di “*Linee guida*” in materia di processo esecutivo, di delibazione delle sentenze estere e sulle imposte per gli atti giudiziari e per i documenti prodotti nelle cause civili. Si tratta di strumenti di *soft law* che, per usare le puntuali parole del Presidente, “*hanno lo scopo di stabilizzare prassi giudiziarie uniformi in materia. La condivisione di ‘buone pratiche’, frutto dell’intesa fra Magistratura e Avvocatura, mira infatti ad assicurare la prevedibilità dell’applicazione delle regole nel caso concreto e, attraverso la parità di trattamento dei cittadini di fronte alla legge, ad implementare la fiducia nel buon funzionamento del sistema complessivo. Esse non tendono affatto a comprimere l’autonomia decisionale del singolo Magistrato, bensì a guidarne l’opera, oltre ogni solipsismo o arbitrio discrezionale, verso la corretta e omogenea soluzione della concreta questione procedurale, nello spirito di quello che si definisce comunemente Court management’*”.

Quello che viene efficacemente definito dal Presidente Canzio come “*solipsismo*” del “*giudice monade*”, è infatti il rischio principale che deve essere

arginato soprattutto in un sistema di organi giudiziari monocratici, perché “*isolato nel suo potere, il giudice perde l'equilibrio del dialogo*”⁽²⁵⁾, e con ciò, si arrocca in forme inammissibili di *ipse dixit*, sconfinanti nell'arbitrio, in nome della mal compresa “*indipendenza*” che gli è assicurata dal sistema costituzionale.

Il dialogo costruttivo con tutti gli attori della giurisdizione, riconoscendo a tutti (giudici ed avvocati) il ruolo paritario che deriva dalla struttura del processo civile, nel quale sono tutti i protagonisti - sono ancora le parole del Presidente Canzio e di Francesca Fiecconi - “*a far sì che lo strumento sia utilizzato nel rispetto delle regole interne e dei canoni deontologici*”²⁶, è fondamentale per la costruzione di un processo “*giusto*”, e cioè di un processo che sia strumento effettivo di tutela dei diritti.

Questo coordinamento, questo agire “*insieme*” in un dialogo che ha come fine esclusivamente la certezza e la prevedibilità delle “*regole del gioco*” (la

²⁵ G. CANZIO, *Dire il diritto nel XXI secolo*, Milano, 2022, p. 104.

²⁶ G. CANZIO-F. FIECCONI, *op. cit.*, p. 77.

procedura) si inserisce perfettamente nel nostro sistema delle fonti, che non è costituito da norme formulate per fattispecie (come nei sistemi che hanno quale fonte esclusiva la legge), ma da principi, da cui discendono, quali corollari, le regole, ed è sempre in collegamento con tali principi che le disposizioni legislative “*derogatorie*” o “*innovative*” che siano devono essere interpretate, collocate in un quadro armonico nel quale la tradizione si unisce alla modernità.

La *Rule of law*, e cioè l’affermazione della preminenza del diritto, che si traduce nel rifiuto dell’arbitrio del potere legislativo e nella tutela dei diritti fondamentali da parte del potere giudiziario, è perfettamente e da sempre integrata nell’ordinamento sammarinese, che assegna al processo e cioè al momento dell’attuazione, dell’effettività del diritto, e, quindi ai suoi protagonisti (giudici ed avvocati), quella che è stata efficacemente definita da Paolo Grossi²⁷ la *invenzione del diritto*, e cioè la *inventio*, la “scoperta” di

²⁷ P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

ciò che il diritto è in una data comunità in un certo momento storico.

E a tal proposito mi piace sottolineare che l'immanenza della *Rule of law* nell'ordinamento sammarinese è il portato storico del rifiuto della riconduzione del diritto alla legge: la legge doveva e deve essere interpretata nel quadro di principi sovraordinati, che erano e sono presenti come guida nello *ius commune*.

Si diceva che l'interprete, di fronte alla legge, deve ricercare la *mens legis* che si ricava dalla *ratio*, e cioè dall'essere la stessa volta al perseguimento del bene comune, e che, dunque, la legge deve essere prima di tutto conforme all'*aequitas*, nell'accezione di “*fattualità del diritto, rifiuto di ogni formalismo e vocazione a cogliere in continua osmosi il mondo dei fatti e il mondo delle forme giuridiche*”²⁸. Il primato dell'*aequitas*, che non si risolve pertanto in un criterio soggettivo, bensì nell'*utilitas publica*, determina che l'interprete deve guardare al

²⁸ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, VI ed., Bari, 2022, p. 178.

sensus piuttosto che ai *verba* della legge. La *ratio*, in altri termini, è costituita dai principi generali, sovraordinati alle leggi, che, come ricorda Gino Gorla, “sono ‘razioni legali’ e non naturali solamente, nel senso che non sono tratte da una natura delle cose ideale ed avulsa dal terreno di una società storicamente determinata e del suo diritto, ma stanno su questo stesso terreno [...]. Si parlava anche, nello stesso tempo, di *ratio naturalis* e di *aequitas*; un’*aequitas* che però non era la giustizia del caso concreto. [...] v’era inclusa la idea di ragioni rispondenti alle esigenze economico-sociali della società”²⁹. La testimonianza di tale “modo” di interpretare la *lex* locale è manifesta nelle rubriche statutarie che premettono, appunto, lo scopo, il motivo, dell’intervento, proprio per consentire all’interprete di accertarne la *ratio*, e cioè la sua conformità all’interesse generale (ad es. Rub. VI, Lib. II: “Affinché i sudditi della nostra Repubblica sieno liberati dai travagli ed incomodi che sogliono apportare i lunghi litigi,

²⁹ G. GORLA, *I precedenti storici dell’art. 12 Disp. Prel. Cod. Civ.*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 448.

è nell'intento nostro di troncare i sotterfugi delle parti e le inutili dilazioni?").

Oggi tali “principi” sovraordinati sono costituiti dai valori costituzionali, nei quali si compendia la *Rule of law*. Si comprende, pertanto, come sia estranea all'ordinamento sammarinese la concezione volontaristica del diritto, e, invece, sia immanente il dovere del giudice di interpretare la norma di *ius proprium* nel quadro dei valori costituzionali, che costituiscono la declinazione moderna dell'*aequitas* e della stessa *rationabilitas* della legge: potere e dovere pertanto di interpretare le norme in modo costituzionalmente orientato, che deriva dalla tradizione, nella consapevolezza del mutamento del quadro dei valori, come era, tra l'altro, fatto palese dall'art. 16, comma 2, della legge 8 luglio 1974 n. 59, il quale faceva obbligo ai Giudici di interpretare ed applicare il diritto nell'osservanza dei principi della Dichiarazione dei Diritti, abrogato senza alcuna riflessione.

La storia di San Marino è un *continuum*, un progredire ma sempre nella tradizione, e cioè un

adattamento costante del “*diritto vivente*” al mutamento delle condizioni sociali ed economiche, all’interno di un quadro di valori condiviso, che oggi sono i diritti fondamentali: la certezza e la prevedibilità del diritto sono valori irrinunciabili, che richiedono, tuttavia, non solo nei giuristi pratici, ma anche nel legislatore, un impegno non comune di studio, ma soprattutto la coscienza del sistema di fonti nel quale operano. Coscienza purtroppo sempre più compromessa dall’imitazione acritica e quasi servile dei modelli italiani, che sono pensati per un sistema diverso, non assimilabile al nostro se non per l’appartenenza a quella cultura dello *ius commune* che è stata la matrice degli Stati europei sino alle codificazioni.

Dobbiamo ricordare, a tal proposito, che San Marino è da tempo uscito dal suo isolamento, e partecipa attivamente alle istituzioni europee, e deve consapevolmente unirsi al movimento per la rinascita dello *ius commune* europeo, che qui è stato conservato, acquisendo un ruolo di primo piano. Il moderno *ius commune* europeo va infatti inteso come – sono Canzio e Fieconi che parlano – “*attitudine a formare un ordine*

di principi generali e astratti” sul piano dei valori fondamentali di matrice costituzionale, “*che permettono alle giurisdizioni interne l’elaborazione di principi che, operando come chiavi di lettura e di interpretazione del diritto, o meglio, dei diritti, in sostanza hanno acquisito la funzione di novelle clausole generali, sulla base della antica tradizione europea di costruire un sistema sovraordinato generalmente valido*”³⁰: San Marino in questo campo è stato ed è dunque un modello di modernità.

Il richiamo all’autodisciplina ed alla severità dell’impegno da parte degli operatori è quindi prima di tutto il richiamo alla riscoperta di un patrimonio culturale che identifica l’identità statuale e, quindi, la ragione stessa della sovranità.

Il grande apporto che il Presidente Canzio sta portando al “*sistema giustizia*” sammarinese complessivamente inteso è proprio questo: la riscoperta che la continuità storica, che la “*apparente*” diversità dovuta alla estraneità di San Marino rispetto al movimento codificatorio ottocentesco, è un valore

³⁰ G. CANZIO-F. FIECCONI, *op. cit.*, pp. 46-47.

che con grande umiltà può collocare il nostro Paese ad avere un ruolo nella costruzione di un nuovo *ius commune* europeo. L'onore che il Presidente ha fatto al nostro Paese ci deve anche condurre ad uscire dal complesso di inferiorità che sempre ci assale quando dobbiamo confrontarci con gli altri: la nostra diversità, prima compresa e poi spiegata adeguatamente, è, al contrario, un fattore di competitività, proprio perché il nostro è un sistema aperto, dove il ragionamento per principi può aprire prospettive inconsuete.

3. *Last but not least*, il ringraziamento va all'Istituto Giuridico Sammarinese, al suo Direttore, Paolo Pascucci, ed alla efficientissima Simona Capicchioni.

L'ho lasciato per ultimo perché sull'Istituto Giuridico si impone una riflessione più articolata.

L'Istituto nasce da una felice intuizione di Fausta Morganti, allora Deputato alla Istruzione e Cultura, ma anche alla Giustizia: è l'intuizione che il diritto sammarinese necessitasse di un luogo nel quale “*rifiorire*”.

La scarsa conoscenza dovuta anche alla mancanza della pubblicazione selettiva della giurisprudenza, ferma al 1969, unitamente all'assenza di una riflessione scientifica da parte dell'Accademia, avevano reso il diritto sammarinese una sorta di diritto "esoterico", riservato a pochi (i giudici) e, soprattutto, "inconoscibile" dai più. *Iura novit curia* era divenuto non criterio per la corretta qualificazione giuridica dei fatti sulla base della prospettazione contenuta nella domanda, bensì una sorta di delega al giudice di "*dare*" il diritto, piuttosto che "*dire*" il diritto, con il risultato dell'approdo all'idea dell'onnipotenza del giudice, di cui era espressione il comune sentire che lo *ius commune* fosse un coacervo disordinato di regole, alle quali si poteva attingere per giustificare una qualunque soluzione al problema pratico.

La missione dell'Istituto Giuridico era chiaramente indicata nell'art. 2 della legge n. 144 del 1986: "*l'Istituto Giuridico Sammarinese ha per scopo di promuovere la cultura giuridica e di diffondere la conoscenza dell'ordinamento e delle istituzioni di diritto sammarinese. Esso svolge attività di ricerca e di studio ai fini della loro evoluzione confrontando l'esperienza*

storica e giuridica della Repubblica con quella di altri Stati". Promozione della cultura giuridica, ricerca e studio del diritto sammarinese con metodo storico-comparativo, nella consapevolezza che solo la conoscenza scientifica e l'uscita dall'isolamento avrebbe permesso una "*evoluzione*" istituzionale inserita armonicamente nel sistema.

E non è casuale, in questo programma, la collocazione dell'Istituto all'interno del Tribunale, unico luogo allora esistente in cui il diritto sammarinese si sarebbe dovuto studiare ed applicare; ma la sua collocazione all'interno del Tribunale ne ha costituito anche il limite, derivante dal mancato coordinamento dei saperi, in particolare la pratica con la scienza.

Infatti, dopo la felice esperienza della *Scuola di diritto comune vigente*, e l'istituzione della rivista "Miscellanea", è stato solo grazie al lavoro di Severino Caprioli – portato avanti in sostanziale solitudine – che l'attività dell'Istituto è proseguita, sebbene nell'indifferenza generale.

Le grandi riforme istituzionali che l'Istituto avrebbe dovuto promuovere, hanno trovato la loro genesi negli anni 2000 all'esterno, senza una matura riflessione del contesto nel quale andavano ad inserirsi, obliterando il monito della apposita Commissione per le Riforme, e “copiando” modelli estranei e non sempre adeguati alle esigenze di un microstato, con caratteristiche peculiari. Opportune e oserei dire necessarie (se qualcuno si fosse peritato di meditarle) sono le critiche di Severino Caprioli, ad esempio, all'art. 3 *bis* della Dichiarazione dei Diritti, il quale introduce una gerarchia delle fonti “positiva”, che tradisce da parte dei redattori una concezione volontaristica del diritto, e la mancata conoscenza del rapporto di reciproca interazione (ma non di gerarchia) tra le fonti indicate negli Statuti³¹. Non si è riflettuto affatto che la “gerarchia delle fonti”, come ricorda Paolo Grossi³² è nozione “*tutta moderna e presuppone la convinzione di un solo ordinamento valido, un*

³¹ S. CAPRIOLI, *Per una lettura della Costituzione sammarinese riformata*, in *Giur. it.*, 2004, cc. 914 ss.

³² P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 233.

solo ente produttore di diritto, di una sola fonte di diritto identificata nella manifestazione di volontà dell'ente e rispetto alla quale ogni altra si pone come secondaria e condizionata. La gerarchia delle fonti presuppone una visione rigidamente monistica dell'ordine giuridico, la quale prospetta lo Stato come unico ente legittimato a produrlo nell'ambito che esso predomina e definisce". Ignoranza, da parte dei redattori, del "sistema", in cui lo *ius commune* è il diritto "*perché incarna la pura razionalità giuridica*"³³, e cioè le *rationes* nel senso già illustrato, e nel quale la consuetudine ha un posto di estremo rilievo, perché esprime il senso del "*giusto*" e quindi il "*Diritto*" della comunità.

Il legislatore, al quale l'Istituto avrebbe potuto "*dare pareri nella elaborazione di progetti di legge*", si è disinteressato, ed ha proseguito in una produzione alluvionale di testi normativi in materia di diritto civile non coordinati, che trascurano la specialità dell'intervento. Si dovrebbe ricordare, per la sua attualità, che l'intervento legislativo sul condominio che si sta predisponendo, purtroppo ancora ricalco

³³ P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 235.

del codice civile italiano, è tutt'altro che esaustivo, ma si inserisce e presuppone lo *ius commune*, nel quale il condominio è fondato sulla “partizione orizzontale”, essendo caratterizzato, come ricorda Guido Astuti, dalla “*coesistenza della proprietà superficiaria esclusiva spettante a ciascun partecipante sul proprio piano o porzione di piano (cui si applicano i principi 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*”³⁴. Il legislatore, ad esempio, dovrà tenere conto dell'incidenza della nuova definizione del condominio sulle proprietà individuali nelle costruzioni oggi esistenti, quando le parti comuni non siano individuate in apposito regolamento contrattuale.

Lo stesso, purtroppo, ha fatto la giurisprudenza: dalla recezione di *quod per Italiam observatur*, nascosta da massime latine spesso inconferenti, si è approdati all'applicazione diretta del diritto italiano, come mostrano i costanti richiami anche oggi, e purtroppo

³⁴ Sentenza 15 marzo 1963, in *Giur. samm.*, 1965, 1, p. 37 ss.

sempre più sovente, alla dottrina ed alla giurisprudenza italiana non quali argomenti logico-deduttivi in presenza di soluzioni omogenee (come accade, ad esempio, nel diritto di famiglia, nel diritto delle società e nel diritto del lavoro), ma quali fonti precettive, senza nemmeno essere celate dal pur mal compreso canone del ricorso alla *lex loci vicinioris*: la *lex alii loci* sta gradualmente ed in maniera strisciante diventando la *lex loci*.

Il passaggio può essere adeguatamente chiarito con due esempi.

Il primo è relativo alla responsabilità del depositario, che si ritrova in una sentenza purtroppo pubblicata: si dice, correttamente, nella massima, che nel deposito gratuito “*il depositario risponde solo del dolo e della colpa grave*”³⁵. L’estensore della sentenza riconduce la *culpa lata* alla violazione della diligenza media del buon padre di famiglia, sovrapponendo il regime della responsabilità introdotto dal codice civile

³⁵ Sentenza Commissario della Legge 30 marzo 1988, in *Giur. samm.*, 1981-1990, p. 1387.

a quella del diritto intermedio (fondata sui gradi della colpa), senza alcun richiamo alle fonti sul *depositum*, affermando, nella sostanza, l'irrilevanza dell'*utilitas* dei contraenti, che, invece, assieme alla *natura* del contratto, è essenziale per determinare la *diligentia* richiesta nell'adempimento. Si legge, infatti testualmente: “*in coerenza con il diritto romano ed il diritto comune, per l'art. 1768 del codice civile italiano, il depositario deve adempiere alla obbligazione di custodia con la diligenza del buon padre di famiglia, corrispondente al criterio generale dettato dall'art. 1176 dello stesso codice per l'adempimento delle obbligazioni in genere. Il criterio della diligenza media adottato per il deposito, sia esso oneroso o gratuito, comporta la responsabilità del depositario unicamente per colpa grave in custodiendo. Si tratta sempre della diligentia in abstracto e non di quella in concreto, quam in suis rebus, che era invece adottato dall'art. 1843 del codice civile abrogato*”. La confusione concettuale è palese, e la soluzione del caso alla stregua del diritto italiano, peraltro mal compreso, è evidente. E' altresì palese la superficialità del richiamo alla *diligentia quam suis*, che, nella elaborazione degli autori del diritto comune sulla *lex*

quod Nerva, viene eliminata quale criterio attributivo della responsabilità, e ricondotta semplicemente alla *culpa lata*: se taluno nelle cose proprie osserva una diligenza inferiore al minimo richiesto dalla *communis natura hominum*, anche se adibisce nel rapporto obbligatorio la *diligentia quam suis*, è tenuto per *culpa lata* in base al differente criterio³⁶. Ma la *culpa lata* (che secondo la definizione di Ulpiano D. 50, 16, 213, 2, “*Lata culpa est nimia negligentia: id est, non intelligere, quod omnes intelligunt*”: la colpa grave è la crassa negligenza, e cioè non comprendere ciò che tutti comprendono) non coincide con la colpa di cui all’art. 1176 c.c. valutata “*con minor rigore*” di cui al comma 2 dell’art. 1768 c.c.

Il secondo esempio è in materia di responsabilità dell’ente ospedaliero per il fatto dei medici operanti nella struttura pubblica, governata in San Marino dalla responsabilità *ex lege Aquilia*: si era stabilito “*che la responsabilità dell’Ente che gestisce un servizio pubblico*

³⁶ M. TALAMANCA, voce *Colpa civile (dir. rom. e interm.)*, p. 9 del testo elettronico.

*sanitario per danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico tra l'ente gestore ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, ha natura contrattuale*³⁷. L'estensore mutua tutte le argomentazioni sulla base delle quali la giurisprudenza italiana era pervenuta ad una tale qualificazione, ed in particolare la creazione della “*responsabilità da contratto sociale qualificato*”, fondata sull'art. 1173 c.c., che elenca le fonti delle obbligazioni, ed in particolare riconducendo al contratto ipotesi di responsabilità derivanti “*da ogni altro atto o fatto idoneo*” alla produzione delle obbligazioni. Si dimentica che la necessità di espandere l'area della responsabilità contrattuale rispetto a quella per fatto illecito in quell'ordinamento è giustificata dalle differenze esistenti tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (ad esempio, sotto il profilo della prescrizione e dell'onere della prova), che non vi sono a San Marino (o almeno

³⁷ Sentenza Giudice Appellazioni 12 novembre 2003, nella causa civile n. 80 del 1988, inedita.

non vi erano nell'ambito della responsabilità medica sino alla legge 7 dicembre 2017 n. 138).

In entrambi i casi è mancata una analisi storico-comparativa condotta con criteri scientifici, che avrebbe – come dire – “aperto gli occhi” sulle ragioni della “diversità”, che si ritrovano in una cesura nella circolarità dell’esperienza e del pensiero giuridico, dovuta a fattori che trovano i loro fondamenti soprattutto nell’ideologia politico-filosofica: entrambe le soluzioni – quella sammarinese e quella italiana – conducono ai medesimi approdi operazionali, ma mentre la prima è espressione coerente e continua di un modello, la seconda ha faticato a ritornare all’archetipo, recuperando solo attraverso il fertile ricorso ai “valori”, la fluidità del ricorso ai “principi” da cui le regole derivano e si adattano, al di là delle categorie della logica.

Si ritorna, infatti, ovunque in Europa, e di ciò di deve acquisire consapevolezza, ad una idea del diritto civile come quella che Carlo Augusto Cannata, con riferimento al lavoro di Labeone, descrive efficacemente come “*costituita non dalle regole, ma da un*

*insieme di valori che l'ordine giuridico considera come quelli cui conformare l'assetto della società se questa deve, come deve, essere una società giusta. Il lavoro del civilista è dunque quello di permettere ai singoli di realizzare assetti economici giusti, ovvero di ricondurre ad un assetto giusto gli accadimenti che si siano verificati in modo difforme da giustizia", e, con una lezione da recuperare per noi giuristi pratici, "è necessario un metodo di analisi dei fatti alla luce dei valori in gioco, retto da strutture razionali funzionalmente costruite", proprio perché la "certezza del diritto civile non può essere legata all'immutabilità: perché la fissazione delle regole corrisponde sempre ad un'operazione di semplificazione, fatta a spese della variabilità e della sfaccettatura delle situazioni pratiche, ed alla variabilità del rapporto tra i valori e le situazioni reali", nella consapevolezza, che oggi tutta l'Europa ha riacquisito, che "la certezza del diritto legata alla indiscutibilità delle regole normative conduce all'incertezza dell'arbitrio"*³⁸.

³⁸ C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea – I – Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, p. 329 s.

E' questa la "crisi" del diritto sammarinese: una contaminazione inconsapevole con apporti estranei, non sempre latori di soluzioni più "efficienti" anche dal punto di vista dell'analisi economica del diritto.

Questa "crisi" è anche il portato del fallimento sostanziale del progetto di Fausta Morganti, e poi proseguito da Emma Rossi con la felice riconduzione dell'Istituto nell'ambito dell'Università sammarinese: l'assenza di una riflessione e di un pensiero scientifico che facesse da guida alla pratica, che costringesse i pratici a confrontarsi (dopo averlo studiato) con un sistema aperto, e a verificare sul campo la persistenza dell'adeguatezza dei principi (da cui le regole derivano) a risolvere i problemi della quotidianità. Si ritorna, dunque, alla necessità, ben chiara ai giuristi romani, di un dialogo costante e continuo tra scienza e pratica, come ricorda felicemente Pomponio (D. 1, 2, 2, 13): *"è solo attraverso coloro che sovrintendono alla giurisdizione che si ottiene il risultato finale: cosa importa, infatti, che in una città vi sia il diritto, se non vi sono quelli che possano amministrare gli ordinamenti? In seguito poi, diremo della successione degli autori, perché il diritto non può esistere,*

se non c'è qualche giurista che quotidianamente possa migliorarlo".

Fortunatamente la situazione sta cambiando.

Intanto, devo registrare nei giovani (Magistrati ed avvocati) un rinnovato interesse per il diritto civile nazionale, per l'approfondimento sull'adequatezza delle risposte che fornisce alla vita odierna.

Quanto ai Magistrati, credo che nel lavoro sia evidente l'entusiasmo nello studio ed anche lo "stupore" di fronte ad un diritto diverso, ma del quale si sono ben comprese le potenzialità; si deve poi menzionare l'impegno e la passione di un altro giovane Commissario della Legge nel far conoscere il sistema giuridico-istituzionale presso gli organismi europei, ai quali è stato delegato a partecipare, proprio nel tentativo di fare di San Marino un laboratorio per la costruzione del moderno *ius commune* europeo.

Per gli Avvocati, riscontro ad esempio, ed in modo estremamente positivo, l'inversione della tendenza ad accettare le "*domiciliazioni*" di avvocati forensi, per pretendere quella co-difesa che lo Statuto dell'Ordine pone – in ragione della specificità dell'ordinamento –

a presidio dell'effettivo diritto di difesa della parte in giudizio, secondo i parametri della Corte Edu.

Ma alla curiosità, alla buona volontà devono necessariamente associarsi (o meglio) anteporsi presidi e sussidi dotati di scientificità: questo è il vero compito dell'Istituto Giuridico.

Dopo anni di stasi, emergono segnali di una rinnovata spinta propulsiva.

Ne sono testimonianza il sito internet con la pubblicazione selettiva *on line* delle massime delle sentenze ed il *link* al testo della sentenza; l'attivazione di corsi di formazione professionale; l'organizzazione di incontri tematici; il rinnovamento metodologico nei corsi della *Scuola* di Specializzazione.

Ma la spinta propulsiva si è concretizzata ora anche nella “*nuova disciplina dell'Istituto Giuridico Sammarinese*” di cui alla legge n. 165 del 2022, fortemente voluta dal Direttore e dal Dirigente del Tribunale, e attuata grazie alla sensibilità del Segretario Belluzzi: un Istituto Giuridico non più solo “*diffusore*” della conoscenza del diritto sammarinese, ora finalmente ed in modo definitivo da attuarsi “*mediante la ricerca*”

scientifica, in un'ottica comparata" (art. 1), non più solo *"formatore"*, ma protagonista attivo della vita politico-istituzionale sammarinese, assistendo il legislatore mediante *"pareri tecnico-giuridici su proposte di legge"*.

L'Istituto Giuridico, inserito a pieno titolo nell'Università, recupera così la sua genetica vocazione di supporto alla pratica, arricchendola con l'esperienza dell'analisi scientifica che solo alla *"Scuola"* si può riconoscere.

Il felice connubio tra scienza e pratica che emerge dalla rinnovata composizione del Consiglio Scientifico, rende ora l'Istituto luogo ideale per lo scambio fattivo e costruttivo dei saperi e delle esperienze, e di dialogo tra Magistratura, Avvocatura e comunità dei giuristi.

Progetti ambiziosi possono ora essere intrapresi. Mi riferisco in primo luogo, alle raccolte della giurisprudenza sammarinese selettive, deputate a mettere ordine nell'inevitabile confusione delle banche dati omnicomprensive di tutte le decisioni, ma alle quali si deve affiancare – come dice il Presidente (con riferimento al Massimario della Corte di

Cassazione, ma a maggior ragione valevole per San Marino) -, la “*rigorosa selezione delle (poche) decisioni davvero meritevoli di massimazione, onde consentire la costruzione di coerenti schemi argomentativi in fattispecie paradigmatiche, da utilizzare in casi simili o analoghi; passare quindi dall’opera di redazione della singola ‘massima/precedente’ alla realizzazione di un più razionale ‘sistema di precedenti’ per singoli settori, temi o materie*”³⁹: insomma, un *Restatement* del diritto giurisprudenziale. Si aggiungono l’interazione e la partecipazione ai progetti di digitalizzazione del processo civile ed amministrativo, con l’elaborazione dei testi normativi portanti le indispensabili modifiche al rito; progetti di semplificazione normativa, mediante la predisposizione di testi unici settoriali non semplicemente ricognitivi, da sottoporre all’approvazione del Consiglio Grande e Generale per eliminare la stratificazione imbarazzante delle norme, che compromette la certezza delle regole, e ormai determina sempre più il concreto rischio della

³⁹ G. CANZIO, *Dire il diritto nel XXI secolo*, cit., p. 668.

inconsapevole “violazione di legge” da parte degli operatori.

Ma per realizzare questi progetti ambiziosi (ma indispensabili) non è sufficiente la volontà e l’abnegazione del Direttore: sono necessarie risorse umane e fondi. L’Istituto deve finalmente avere la sua dotazione organica stabile e uno stanziamento di fondi a bilancio: sono sicura che le Autorità sapranno dare tempestiva e piena attuazione all’art. 6 della nuova legge.

Con questo auspicio, chiudo questo ringraziamento, che in definitiva vuol essere un appello rivolto a tutti coloro che, con buona volontà, vorranno collaborare perché il diritto civile continui ad essere il tratto distintivo della nostra identità statutale.