



LA PRONUNCIA DI TERZA ISTANZA NEL SISTEMA GIUDIZIARIO CIVILE SAMMARINESE

DI STEFANO PALMUCCI
COORDINATORE DEL DIPARTIMENTO GIUSTIZIA

In ogni ordinamento giuridico civile e democratico, le norme generali e procedurali che definiscono e regolamentano l'attività del giudice nell'esercizio della propria funzione, sono ragionate e protese al fine ultimo di garantire la correttezza, l'equità e la giustizia in senso "alto" e lato della decisione. Esse sono finalizzate a comprimere il più possibile l'ambito di discrezionalità del giudice e a garantire parità di trattamento, equanimità di giudizio e, in definitiva, efficacia del sistema. Tanto più le norme sono tassative, precise e minuziose, tanto minori sono le possibilità concesse al magistrato di compiere sperequazioni, parzialità o discrezionalità di sorta non corrispondenti o addirittura contrarie a quell'aspirazione ad un modello di "giustizia" assoluta ed ideale, al quale tutti i sistemi giuridici devono naturalmente ambire.

L'ampiezza della discrezionalità concessa al giudicante nell'espletamento del proprio compito è uno degli aspetti che marcano la differenza tra sistemi di *Civil Law*, cioè il diritto di derivazione romanica e proprio dell'area continentale, e quelli di *Common Law*, presente invece nei Paesi anglo-americani. Basandosi, in somma sintesi, il primo sulla preminenza della legge ed il secondo invece sul precedente giurisprudenziale, va da sé

che risultino differenti gli ambiti di operatività e discrezionalità concessi al giudicante in un sistema, piuttosto che nell'altro.

Anche nei sistemi di *Civil Law*, tuttavia, accade in talune circostanze che proprio il rispetto puntuale e meticoloso delle norme impedisca al giudice di realizzare quella che a termini di buon senso appare la decisione più "giusta", oppure di ovviare, se in grado superiore di giudizio, a decisioni già adottate da altri magistrati in gradi precedenti, ma che appaiono palesemente errate ed inique. Può verificarsi, cioè, il caso in cui un giudice, sulla base delle norme che governano il processo e delle risultanze dell'istruttoria del caso di specie, sia costretto ad adottare una sentenza che egli comunque sappia e conosca in contrasto con la verità degli accadimenti e, più in generale, con il fine ultimo, ancorché teorico ed astratto, che il sistema giudiziario intende perseguire.

Si pensi al caso di un processo nell'ambito del quale una prova decisiva sia stata acquisita con mezzi illeciti, o al di fuori dei termini previsti, o comunque non utilizzabile ai fini della decisione finale. Si pensi alle Corti di cassazione, quasi ovunque costituite quali meri giudici di legittimità: potrebbero accertare il verificarsi di un evidente errore nel merito di una sentenza del precedente grado di giudizio e non avere alcuna possibilità di sovvertire tale errore, proprio perché non attinente la competenza sulla legittimità attribuita a questo tipo di tribunale.

Per risolvere il potenziale conflitto che potrebbe instaurarsi tra alcuni elementi fondanti del diritto e giustamente posti a garanzia del sistema quali cardini del giusto processo - il rispetto delle regole, dei termini, della speditezza del giudizio e della certezza del diritto - e l'insopprimibile aspirazione a fare emergere ad ogni costo la Verità e la Giustizia, i vari ordinamenti hanno in genere previsto alcuni rimedi straordinari di ricorso contro le decisioni dei Tribunali (nel diritto sammarinese civile: *querela nullitatis* e *restitutio in integrum*, nel diritto penale: la revisione del processo penale); ma persino questi rimedi eccezionali, dovendo comunque soggiacere a norme procedurali e di temporalità e dovendo comunque l'Ordinamento prevedere un grado ultimo e definitivo di giudizio, posto per lo meno a baluardo di una possibile infinita catena dei ricorsi, si prestano ugualmente al rischio non impossibile né improbabile di realizzare ingiustizie, anche gravi o errori di sorta, anche madornali.

Certamente il magistrato, per quanto precise e minuziose possano essere le regole che governano il processo, gode di un'autonomia operativa che può essere più o meno ampia a seconda, da un canto, della tassatività e coerenza delle predette regole, dall'altro della propria capacità, ingegnosità e anche della propria inventiva. Il tema è trattato mirabilmente da Guido Alpa, grande giurista italiano e presidente del Consiglio Nazionale Forense, che titola una sua opera *"L'Arte del Giudicare"* (Roma, Laterza, 1996), un apparente ossimoro, foriero di suggestive ed appassionanti elucubrazioni. Ma possono ugualmente presentarsi casi in cui l'ambito di manovra discrezionale concessa dall'Ordinamento al magistrato si riveli insufficiente per riuscire a compilare una decisione ritenuta in coscienza giusta ed equa, e possa costringere il magistrato medesimo ad assumere invece una decisione che egli ritiene interiormente errata o comunque iniqua.

In tali complesse speculazioni si trovò invischiato il Consiglio dei XII della Repubblica di San Marino nel periodo durante il quale deteneva la competenza sui giudizi civili ed amministrativi di III^a istanza, ed in modo particolare sino al 2003, anno in cui intervenne la norma che recise, come sciabola di un novello Alessandro Magno, il nodo gordiano delle innumerevoli, imbrogolate ed anche contrastanti interpretazioni che imperversavano sino al momento sul sistema della "doppia conforme".

E' noto che il sistema delle impugnazioni sammarinese si basa su questo principio statutario: quando cioè su una stessa questione siano intervenute due pronunce tra di esse conformi, non vi può essere possibilità di una terza. Il ricorso al terzo grado di giudizio è ammesso, cioè, solo nel caso in cui le sentenze del primo e del secondo grado non coincidano; in tale circostanza un nuovo giudice dovrà stabilire quale delle due sentenze dovrà essere considerata corretta e perciò passare in giudicato.

E' una statuizione che riguarda il settore civile ed amministrativo e comprende, attualmente, i gradi di Commissario della Legge o Giudice Amministrativo di 1° grado, Giudice d'Appello e quindi, in caso i due gradi di giudizio non coincidano, il Giudice di Terza Istanza, che decide in ultimo grado. E' opportuno ricordare che la difformità che dà titolo per ricorrere in terza istanza può concernere anche le sole spese di causa.

Sino al 2003 fungeva da Tribunale di terzo grado il Consiglio dei XII, che operava in base alle norme statutarie. Allorquando giungeva alle sue

cure un giudizio di secondo grado non conforme al primo, il Consiglio dei XII procedeva a designare un Consulente, cui delegava il giudizio. Il ricorso al giudizio del “Sapiente” era previsto dagli Statuti della Repubblica inizialmente, forse, per evitare quelle frequenti commistioni o parentele che si potevano riscontrare tra una popolazione così ridotta ed isolata quale quella Sammarinese e che avevano indotto, tra l’altro, i legislatori del tempo a prevedere la cittadinanza non sammarinese per l’Ufficio di Commissario della Legge; ultimamente il ricorso al Consulente era utile ed opportuno per sopperire all’indole politica, e non tecnica, dei componenti il Consiglio dei XII. I Consulenti designati erano, infatti, rinomati professori universitari o professionisti di studi legali italiani di chiara fama.

Il loro compito era ben individuato dalla rubrica statutaria, Libro IV, rubrica 7, dal titolo eloquente: *“Che non sia lecito appellare che una sola volta, e da due sentenze conformi”*. Recita tale rubrica: *“Contro la sentenza resa dal giudice d’appello non è consentito più appellare, né altrimenti interporre ricorso [...], quando la sentenza del giudice d’appello sia conforme alla prima sentenza contro cui venne interposto appello. Ma se la sentenza del giudice d’appello differisca dalla sentenza di primo grado, e se una parte si dica danneggiata dalla sentenza d’appello, difforme appunto da quella di primo grado, può domandare che sia riformata la sentenza d’appello nelle sole parti difformi, sentito il parere di un esperto...”*.

In perfetta conformità a questa norma si sviluppò una secolare giurisprudenza che vide i Consulenti incaricati aderire al dettato statutario ed optare per una delle due precedenti sentenze emesse, rimettendo il proprio parere al Consiglio dei XII. A posteriori, non è dato sapere quanti e quali pareri furono forniti in ossequio a questa impostazione per effettiva convinzione della bontà e giustezza di una delle due precedenti sentenze, oppure per intima convinzione di non potervi *ipso jure* in alcun modo derogare.

Ad innovare rispetto alla secolare procedura provvide Carlo Arturo Jemolo, giurista e storico italiano di grandissima levatura, che onorò le Istituzioni della Repubblica di San Marino dapprima con alcuni Pareri in qualità di consulente, poi con l’assunzione dell’incarico di Giudice delle Appelazioni. In un parere fornito al Consiglio dei XII nella causa n. 319 del 1969, egli non si limitò ad optare per una delle due precedenti pronunce, ma confezionò una terza sentenza costruita assemblando capi di quella di primo grado

e capi di quella di secondo grado. L'illustre giurista, rifacendosi ad analogo istituto del diritto canonico così motivò: *“Nel diritto comune il sistema della doppia conforme consiste in ciò: che dove il giudice di primo grado e quello di secondo grado siano del medesimo avviso, non vi sia luogo ad una terza istanza. Non invece nel senso che se vi sia discrepanza, totale o parziale tra due sentenze, il giudice di terza istanza debba solo scegliere tra l’una e l’altra e non possa ritenere entrambe in tutto o in parte erronee”*.

L'impostazione fu ripresa alcuni anni più tardi da Victor Crescenzi, contro il quale si elevò tosta la protesta ufficiale dell'Ordine degli Avvocati e Notai. In tale occasione i professionisti sammarinesi lamentarono l'illegittimo discostarsi dalla consolidata giurisprudenza e l'arbitraria introduzione di una sorta di “aleatorietà” non prevista, che attentava pericolosamente al principio della certezza del diritto. In riscontro il prof. Crescenzi, al termine di una dotta dissertazione circa il tenore letterale della norma statutaria che disciplina l'istituto, concluse che: *“compito del consulente e dunque di codesto Ecc.mo Consiglio dei XII non è quello di accogliere integralmente o la sentenza di primo grado oppure quella di appello; il compito del consulente è di valutare il fondamento di ciascuno dei capitoli nei quali queste si suddividono, sui quali non esistano due pronunzie conformi e per ognuno di questi esprimere il parere richiesto”*.

Più oltre si spinse Umberto Santarelli, con proprio parere in merito alla causa n. 389 del 1998. In tale occasione egli sostenne: *“il Consiglio dei Dodici conserva integro tutto il proprio potere giurisdizionale, usando il quale potrà pronunziare in totale libertà ed indipendenza la sua sentenza. Diversamente opinando, ritenendo cioè che la potestà del Consiglio dei Dodici sia limitata ad una scelta ‘a cancelli chiusi’ tra la conferma dell’una o dell’altra delle due sentenze tra loro difformi, si recherebbe una iniuria gravissima e insopportabilmente gratuita a quelle ‘funzioni giurisdizionali’ che l’art. 5 della Legge 28 ottobre 1992 n. 83 ha inteso assegnare senz’alcun illogico limite al Consiglio dei Dodici quale supremo Collegio della giustizia sammarinese. Come già è stato notato in altro parere reso allo stesso Eccellentissimo Consiglio, se si dovesse ritenere che in terzo grado il Collegio giudicante dovesse limitarsi a far propria una delle due sentenze già pronunziate, questo significherebbe che il Consiglio dei Dodici potrebbe essere legislativamente obbligato a far passare in giudicato una sentenza ingiusta (se fosse in coscienza convinto dell’ingiustizia di entrambe le sentenze precedentemente pronunciate)*

con l'ulteriore insopportabile conseguenza di obbligare lo stesso Consiglio a pronunciare consapevolmente una sentenza ingiusta destinata per legge a passare immediatamente in cosa giudicata e ad essere suscettibile solamente dei gravami straordinari della querela nullitatis e della restitutio in integrum i cui presupposti di ammissibilità sono severamente limitati”.

Successivamente, anche Lanfranco Ferroni si dichiarò favorevole a tale impostazione, con particolare riferimento alla posizione di Victor Crescenzi. Nel parere del 15 marzo 2001, così argomentò il proprio avviso: *“Il fatto che il sistema della doppia conforme, sì come tradizionalmente e rigidamente interpretato, possa porre al consulente e, dunque, al Consiglio dei XII, problemi di tale natura e possa, talora, condurre ad adottare ‘forzatamente’ una soluzione che si reputa ingiusta, è indice inequivocabile della sua non piena divisibilità”.*

Il diritto, nel suo complesso, come ogni singolo istituto dell’ordinamento giuridico, deve tendere a realizzare un equo contemperamento degli interessi in gioco. Quando fra le esigenze di tipo formale (proprie ed ineliminabili del diritto e della sua funzione unificatrice e di garanzia) e quelle di natura sostanziale, si realizza un contrasto (nel senso che, nella dialettica costante che sempre v’è fra esse, le prime non si rivelino più idonee a porsi al servizio delle seconde, com’è invece necessario che sia), l’interprete ha il compito di risolverlo, se possibile, per via ermeneutica, prospettando interpretazioni evolutive che, nel rispetto dei principi del sistema, adattino, magari ad esigenze nuove emerse nella realtà sociale, gli istituti coinvolti [...]. Non si crede di esser lontani dal vero se s’individua la ragione storica dell’introduzione del sistema della doppia conforme nell’esigenza di evitare un vero e proprio decursus ad infinitum delle impugnazioni. In altri e più chiari termini serve ad impedire - così assumendo però una valenza meramente negativa e non positiva come l’orientamento tradizionale tende ad attribuirgli - che quando due sentenze abbiano deciso nella stessa maniera la stessa controversia, non si dia più luogo ad un ulteriore giudizio nel merito. Non può, invece, assumere il significato positivo, che comunque sia necessario, perché si formi il giudicato, che su una determinata controversia siano intervenute due pronunce conformi. Altrimenti non si spiegherebbe come possa passare in giudicato e divenire esecutiva una pronuncia di primo grado non appellata, come una pronuncia d’appello difforme da quella di primo grado, avverso la quale non venga proposto il ricorso in terza istanza”.

A baluardo della tradizione si erse *in primis* Severino Caprioli -a onor di cronaca suffragato successivamente da Francesco Pizzetti e Tito Ballarino- il quale, da massimo storico del diritto quale egli è, dissertò innanzitutto sul tenore letterale dello Statuto, a suo parere costruito sull'esempio di un frammento di Modestino accolto nel Digesto, e passò poi a commentare l'orientamento minoritario, rispetto alla giurisprudenza prevalente, secondo il quale al Consiglio dei XII era concesso decidere in difformità rispetto alla prime due sentenze, affermando: *“Non può sottacersi un episodio interessante nella cronistoria del Consiglio. La decisione 11 settembre 1979 (parere Jemolo) [...]. Ma conviene qui notare come in siffatto parere si dispieghi piuttosto e domini quell'intuizione del giusto, che guidò costante l'opera di Arturo Carlo Jemolo, giurista e cittadino, quasi cifra del suo metodo. E si manifesti una rappresentazione del diritto comune, quale astratto complesso di norme avulso dall'ordinamento in cui trova osservanza, che appartiene ad una temperie culturale ormai conclusa [...]. Questi sono i presupposti di massima che reggono l'ultimo parere di Arturo Carlo Jemolo: a) cosa giudicata è quella su cui due sentenze definitive abbiano deciso in conformità, b) non verificandosi la cosa giudicata, si deve definire il merito della controversia. Un paralogismo di severa nobiltà, una schietta petitio principi che dà per certo quanto deve essere provato: la competenza del consulente a pronunciare nel merito. Un paralogismo, chiarito il quale si intende come possa accadere che in terza istanza il consulente eserciti giurisdizione rendendo una sentenza di merito, difforme tanto dall'una quanto dall'altra delle due sentenze non conformi. E si intende pure come una decisione siffatta possa dare àdito ad un vero decursus in infinitum (testualmente impedito, del resto, per altri effetti dal § 705); senza poi escludere che per la perfetta contrarietà alla disciplina sammarinese della terza istanza, possa spianare la via ad una plausibilissima querela nullitatis.*

Per quanto grande sia stata e resti l'autorità di Arturo Carlo Jemolo fra coloro che lo ebbero maestro, essa non basta ad innovare sulla disciplina sammarinese, esposta nel § 2.1, dilucidata dalla dottrina (§ 2.2) e costantemente applicata dal Consiglio”.

A questa interpretazione circa l'impostazione di Jemolo ebbe modo di rispondere ancora Lanfranco Ferroni, affermando: *“L'intuizione del giusto (o, se si vuole, la tensione verso il giusto), di C.A. Jemolo, che è stata considerata come peculiare caratteristica del suo metodo, non può essere considerata quale espressione di ‘una temperie culturale ormai conclusa’, specie se la nuova*

‘temperie’, affermatasi al suo posto, di tali esigenze non si faccia carico, magari perché protesa verso una perfezione formale del sistema fine a se stessa che inevitabilmente l’allontana dagli interessi e dai problemi di chi della giustizia deve fruire”.

La diatriba fu risolta, anzitutto con delibera del Consiglio Grande e Generale del 26 febbraio 2002, la quale pronunciandosi sul ricorso per querela nullitatis e restitutio in integrum avverso una decisione del Consiglio dei XII sentenziò che *“il principio della doppia conforme deve trovare applicazione con riferimento ai singoli capi della sentenza”*, ed infine con la legge del 2003 che dispose il trasferimento della competenza di Giudice di terza istanza, ancorché in via transitoria, al Collegio Garante della Costituzionalità delle norme, stabilendo che: *“Il ricorso è ammesso qualora la sentenza di secondo grado abbia riformato, in tutto o in parte, quella di primo grado. Il membro del Collegio Garante deve scegliere quale tra le due sentenze, o quale tra i capi difformi di esse, in relazione al dispositivo, merita di passare in giudicato”*. Ed è norma vigente.

In ultima analisi, al di là delle dotte disquisizioni, di carattere storico, giurisprudenziale ed ermeneutico degli insigni studiosi sin qui coinvolti, la sostanza della questione era comunque legata a quella aspirazione verso un principio astratto ed ideale di Giustizia, che ha spinto qualche giudicante a “forzare”, più o meno consapevolmente, le norme che reggevano il giudizio di terzo grado e che venivano percepite come insopportabilmente limitative e tali da non consentire l’emissione di una decisione ritenuta equa e giusta. I Consulenti coinvolti si trovarono cioè nella intollerabile situazione di dover scegliere una sentenza da essi ritenuta, sulla base di un proprio intimo convincimento maturato a seguito dell’istruttoria compiuta, palesemente sbagliata o ingiusta.

E’ interessante osservare che tale situazione si prospettò per la prima volta nel 1978 e divenne negli anni via via più frequente, indice forse di una crescente difficoltà delle cause trattate e di situazioni oggettivamente sempre più complesse ed intricate da risolvere.

Ci si domanda ora: la soluzione disposta con norma, che prevede due - e non oltre - pronunce conformi sui diversi capi di cui si compongono le due precedenti sentenze, realizza quell’equo temperamento di interessi tra la

certezza e speditezza del giudizio e l'inclinazione verso la Giustizia, l'Equità e la Correttezza, propri di un sistema giudiziario efficace ed efficiente?

Sul punto non si esprimono né il Collegio Garante della Costituzionalità delle norme, né il Giudice di Terza Istanza in materia civile, cui in forza della riforma dell'Ordinamento Giudiziario, compete ora il giudizio di terzo grado. Una disquisizione sulla bontà ed efficacia della norma sarebbe stata, d'altronde, del tutto fuori luogo, posto che il giudice nell'esercizio della propria funzione deve interpretare ed applicare la legge e casomai in altra sede e veste potrà commentarle o proporre modifiche. In alcuni passaggi della produzione giurisprudenziale successiva al 2003 il giudicante richiama il dibattito sviluppatosi in seno al Consiglio dei XII, e per esso tra i suoi Consulenti, (v. p.es. M.Millo, Membro del Collegio Garante quale Giudice monocratico per le funzioni giudiziarie transitorie, nella sentenza n. 18 del 4 giugno 2004 – Giurisprudenza sammarinese del Collegio Garante dal 2003 al 2007, pag. 236) non è dato sapere se per sfoggio di erudizione oppure per rimarcare gli ambiti netti ed insuperabili delle proprie attribuzioni, quasi a giustificazione di non poter risolvere diversamente la lite di specie, pur in presenza di qualche perplessità.

Fuori di dubbio è il fatto che la norma del 2003 realizza un principio importante nell'ambito della certezza del diritto, ponendo una definizione certa e tassativa al *decursus* della diatriba: non oltre le due pronunce conformi. Non pone invece certezze apodittiche, e a parere del sottoscritto neppure troppo rassicuranti garanzie, circa il perseguimento della giustizia, della correttezza e dell'equità della sentenza, potendo il Giudice di Terza Istanza errare tanto quanto il Giudice di primo o di secondo grado.

A modesto avviso del sottoscritto, se il sistema intendesse conseguire maggiori e più ampie garanzie sotto questo aspetto, e cioè introdurre maggiori cautele rispetto al rischio di emettere pronunce definitive non conformi a verità o giustizia, occorrerebbe ragionare attorno a quello che a tutt'oggi costituisce un cardine del nostro sistema giudiziario, sancito positivamente con Legge sull'Ordinamento giudiziario del 1992, ma già ampiamente sedimentato e di plurisecolare esperienza, che è quello della monocraticità del giudice, con particolare riferimento al giudizio di appello.

Occorre, infatti, considerare che sono considerevolmente mutate le condizioni generali attorno alle quali fu costruito a suo tempo il sistema basato sulla monocraticità del giudice; e cioè a dire su una diversa conside-

razione della capacità, della professionalità e della preparazione di giudici titolari dei differenti gradi. Il ricorso al giudizio di secondo grado era in origine costruito sull'assioma che al giudice di secondo grado erano riconosciute maggiori capacità di approfondimento, di analisi, di scienza giuridica ed esperienza tecnica rispetto al giudice di primo grado, e quindi capace di fornire una sentenza maggiormente ponderata, approfondita e valutata sulla base di diversi gradi di competenza e preparazione. E così ugualmente per il terzo grado, ritenuto ancor più preparato ed approfondito dei precedenti. Altrimenti non troverebbe ragione l'idea di ritenere la sentenza di grado maggiore più giusta ed equa rispetto a quella dei gradi sottostanti, posto che – *errare umanum est* – tanto il primo, quanto il secondo e quanto il terzo grado di giudizio, essendo personificati da comuni mortali, avrebbero potuto incorrere in iniquità o errori.

Oggi le condizioni generali sono mutate in maniera drastica. I singoli gradi di giudizio sono ricoperti tutti da professionisti massimamente preparati ed esperti, conseguentemente le ipotetiche possibilità di incorrere in sviste o cantonate possono essere equamente ripartite tra tutti i tre gradi di giudizio. Inoltre, per garantire l'autorevolezza ed il prestigio della magistratura, il sistema ha il dovere di riconoscere a tutti i propri rappresentanti pari dignità e considerazione, indipendentemente dal grado di giudizio nel quale sono chiamati ad operare. Una maggiore ponderazione ed approfondimento dei fascicoli di causa, ed una conseguente maggiore probabilità di emettere una sentenza che aspiri ad essere giusta ed equa, possono essere maggiormente garantiti solamente da una pluralità di magistrati che studiano ed esaminano collegialmente la medesima causa, che si scambiano avvisi ed interpretazioni, che si arricchiscano vicendevolmente sulla base delle proprie specifiche competenze ed esperienze e che infine si pronuncino unitariamente. Tenendo fermo il limite delle due sentenze conformi, a legittimo baluardo della certezza e speditezza del giudizio, un secondo grado strutturato in sistema collegiale potrebbe rispondere in misura maggiore e più efficace - ancora e sempre a modesto avviso dello scrivente - all'aspirazione verso quella Giustizia massima ed ideale, di cui si trattava in incipit di questo scritto, e verso la quale ogni Paese che miri ad incrementare il proprio grado di civiltà, non solo giuridica, dovrebbe aspirare.