

Il «modello» sammarinese e le fughe in avanti della tradizione

Quando, a seguito di uno scambio con il prof. Lupoi sul taglio del mio intervento, ho iniziato a riflettere sul sistema giuridico sammarinese, ho istintivamente fatto ricorso al mito, come per individuare una rappresentazione icastica di questo ordinamento, e dare ad esso un «volto», proprio.

Quella che inizialmente mi era parsa agevole identificazione si è però subito rivelata più problematica del previsto: che somiglianze ha l'ordinamento giuridico sammarinese? quelle della greca Eunomia - tipica rappresentazione della giustizia intesa come ordine, pura legalità, come ordinamento legale - o piuttosto il volto più umano di Dike, personificazione della giustizia in senso sostanziale, fondata sulla continuità fra ordine naturale delle cose e ordine giuridico? Rifuggendo risposte aprioristiche, occorre guardare al *concreto* dispiegarsi del sistema giuridico sammarinese, nelle peculiarità che lo caratterizzano, tanto più quando - come nella sede odierna - obiettivo finale sia indagarne i profili di compatibilità e di sviluppo in relazione a un istituto quale il *trust*, certamente annoverabile fra quelli che di un ordinamento saggiavano duramente la coerenza fra regole e principi, e disvelano i gangli problematici.

E poiché - come chiosa Severino Caprioli - «il diritto comune dei sammarinesi non si comprende, senza riferimento al suo contrario, al codice civile», può essere utile trarre qualche iniziale spunto dalla disciplina della responsabilità patrimoniale nei due ordinamenti. Ciò, anzi tutto, poiché il principio è annoverabile tra le «forche caudine» attraverso le quali qualunque riflessione intorno al *trust* è destinata a passare; in secondo luogo, perché rappresenta un significativo punto di emersione della piena vigenza del diritto comune nell'ordinamento sammarinese, anche in concorso con previsioni di *ius proprium*: il che delinea forse il tratto più marcato di questo sistema.

Nell'ordinamento italiano, in difetto di un espresso riconoscimento legislativo del *trust* interno, e nonostante l'introduzione dell'art. 2645 *ter*, il richiamo ai principi di

responsabilità patrimoniale, unicità e indivisibilità del patrimonio, inscindibilità del dominio, tipicità e/o numero chiuso dei diritti reali, oltre che al divieto del patto commissorio e dei patti successori, ha alimentato il fiorire di alcune opinioni dottrinali in senso schiettamente oppositivo, per quanto progressivamente superate dalla giurisprudenza ormai maggioritaria.

Più nello specifico, una delle ragioni che fondano tali resistenze risiede nel rapporto, rigidamente ordinato in termini regola-eccezione, fra il principio di cui al comma 1 dell'art. 2740 c.c. - secondo il quale «Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri» - e il disposto di cui al comma 2, per cui «Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge».

Il codice italiano confina dunque entro caratteri di rigorosa tipicità ed eccezionalità ogni eventuale deroga-limitazione al principio della responsabilità patrimoniale del debitore.

Nell'ordinamento sammarinese, per contro, la responsabilità patrimoniale del debitore trova fondamento nel diritto comune e risulta affermata a livello di *ius proprium* nell'art. 1 della legge ipotecaria che (con formulazione identica a quella del codice italiano del 1865) recita «Tutti i beni immobili e mobili si ritengono dalla presente Legge come naturalmente destinati a garantire l'adempimento delle obbligazioni legittimamente contratte dal debitore a favore dei di lui creditori».

Vero è che, a seguito della progressiva emersione di nuove fattispecie di separazione patrimoniale, e della relativa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, anche nel sistema italiano è ormai dato riscontrare il superamento dell'idea dell'esistenza di un rapporto regola-eccezione tra il primo e il secondo comma della norma in commento, sicché i due criteri - della universalità e della specialità della responsabilità - coesistono ormai in un rapporto non più gerarchico, bensì paritario.

Ma è parimenti evidente, in un'ottica comparativa, che l'ordinamento sammarinese, in difetto di tale espressa cristallizzazione del rapporto regola-eccezione, già al netto

dell'espresso riconoscimento del *trust* e dell'affidamento fiduciario si caratterizza per una maggiore apertura rispetto a fenomeni di destinazione-separazione patrimoniale, fondati o meno sulla fiducia.

Il pur fugace richiamo alla disciplina sammarinese del principio di responsabilità patrimoniale del debitore risulta ulteriormente utile ai fini del compito che ci siamo dati, poiché rivelatore di ulteriori tratti fisionomici dell'ordinamento sammarinese, che al contempo lo distinguono dal vicino ordinamento codificato.

È particolarmente interessante sottolineare che, pur rappresentando lo *ius proprium* (sovraordinato) in tema di obbligazioni e cause legittime di prelazione, la legge ipotecaria non esaurisce affatto la relativa disciplina, per completare la quale resta comunque necessario il ricorso integrativo al diritto comune. Perveniamo così ad evidenziare il *core* del modello sammarinese.

Come già illustrato nell'intervento del Magistrato dirigente, il sistema sammarinese delle fonti è ordinato in base ad un criterio gerarchico che pone all'apice lo *ius proprium* - Statuto e *reformationes* - ed all'ultimo grado, passando per le lodevoli consuetudini locali, il diritto comune.

Rispetto al suddetto ordine di graduazione, tuttavia, il criterio regola-eccezione e la concreta operatività delle diverse fonti si pongono in rapporto rovesciato, sì che è lo *ius proprium* ad intervenire in termini e quantità affatto residuali rispetto allo *ius commune*, al quale risulta nella sostanza demandata la regolamentazione – essenzialmente per principi – della più significativa parte dei rapporti interpretati.

Conferma di ciò si trae oltre che, come visto, proprio dalla legge ipotecaria, in cui è espresso il principio di responsabilità patrimoniale del debitore, altresì dalla disciplina delle procedure concorsuali che, lungi dal risultare esaustiva in materia, per molti profili egualmente postula il ricorso suppletivo al diritto comune.

Questo peculiare assetto delle fonti, ed il conseguente percorso ermeneutico che - come attraverso un imbuto rovesciato -

muove l'interprete da ambiti normativi più ristretti, gerarchicamente sovraordinati (regole), a fonti normative sussidiarie ma a vocazione generale (principi di diritto comune), garantisce all'ordinamento sammarinese una *naturale* completezza e una capacità di adeguamento al rutilante divenire del reale ben maggiore di quella vantata dal vicino ordinamento italiano.

In altri termini, proprio grazie alla originale architettura delle fonti ed allo straordinario ruolo ivi giocato dal diritto comune, questo sistema presenta una apertura ed una elasticità tali da consentire fisiologici e non traumatici giudizi di compatibilità rispetto alle nuove operazioni emergenti dall'incessante evoluzione sociale ed economica.

Privo di una vera Carta costituzionale (nel senso in cui essa si configura nell'ordinamento italiano) e privo di codificazione, l'ordinamento sammarinese è infatti pervaso e presieduto da un principio di continuità affatto sconosciuto agli ordinamenti codificati.

D'altra parte la codificazione, per essere tale e non ridursi a mera operazione di consolidazione, postula innovazione, in senso squisitamente rivoluzionario: un elemento di discontinuità, dunque, di rottura in senso proprio. Ben diversa è la completezza tipica realizzata dall'ordinamento sammarinese, perseguita in via del tutto originale mediante ricorso alla tradizione, in luogo della novità.

Il fecondo ricorso alla tradizione si palesa nella logica - ispiratrice di questo sistema - del «caso omesso», direttamente attinta dall'impianto romanistico il quale, cogliendo l'infinita e irripetibile varietà dei casi concreti che si presentano nella realtà, percepisce come naturale e fisiologico il fatto che alcuni non risultino contemplati da norma alcuna. Tale logica risulta pienamente coerente con il principio di continuità e completezza del sistema sammarinese e lo rende originale rispetto al modello italiano.

Quest'ultimo risulta infatti ispirato al diverso principio del «caso escluso»: nelle ipotesi non previste dalla legge esso

individua una «lacuna», per il cui superamento appresta lo strumento dell'analogia che, secondo il vieto schema dell'art. 12 delle *Disposizioni preliminari al codice civile*, risulta distinta in *legis* e *iuris* ed inserita all'interno di un procedimento ermeneutico rigidamente graduato fra interpretazione letterale, logico-sistemica ed analogica.

Stando alla lettera dell'art. 12 disp. prel., il ricorso all'analogia *iuris* (*id est* l'applicazione dei princípi) assumerebbe carattere eventuale e residuale, possibile solo qualora l'analogia *legis* (applicazione di norme che prevedono casi simili o materie analoghe) non sia applicabile. Con buona pace dell'interpretazione assiologica, fondata sui princípi, siccome diretta emanazione dei valori costitutivi un sistema giuridico.

Ciò ha dunque richiesto un notevole sforzo di ricostruzione critica da parte della dottrina più sensibile che, sottolineando l'essenzialità dell'interpretazione assiologica, ha recuperato – di là dalla lettera dell'art. 12 disp. prel. - un ruolo primario e centrale all'applicazione dei princípi.

Il sistema sammarinese è invece già ordinato in modo che, per i casi non previsti dallo statuto e dalle *reformationes* (lo *ius proprium*), «vi era per provvedere ad ogni caso l'inesausta fonte del diritto romano consuetudinario, il *ius commune*».

Questo implica, anzi tutto, che nella delicata operazione di individuazione della normativa da applicare al caso concreto – ciò in cui si sostanzia il compito del giudice - il ricorso ai princípi (altro che residuale) sia concepito come immediato e diretto.

Si ammette inoltre, per la via del diritto romano consuetudinario, il ricorso (anche) a fonti *extra ordinem*, sì che ulteriormente arricchita risulta l'elasticità del sistema normativo e più feconda l'attività ermeneutica riservata all'interprete. Qui, forse più che altrove, il diritto non si esaurisce nella legge, nella sola fonte di matrice legislativa.

La naturale elasticità che contraddistingue il sistema giuridico sammarinese risulta rafforzata da ulteriori tratti caratterizzanti i

quali, peraltro, costituiscono anche potenziali fattori di crisi del modello medesimo.

Il riferimento è, anzi tutto, alla mancanza di codificazione.

In astratto, essa può rendere più complessa l'individuazione della normativa da applicare al caso concreto; incrementa il rischio di difformità nei giudizi; rende potenzialmente più labile il confine tra discrezionalità ed arbitrio giudiziari; enfatizza il coefficiente di incertezza nell'applicazione del diritto.

Ma, a ben vedere, questi fattori di rischio presentano, come Giano bifronte, un opposto risvolto, risolvendosi in una opportunità.

La mancanza di codificazione ha infatti rappresentato per l'ordinamento sammarinese una straordinaria opportunità, sia rispetto al formante legislativo che giurisprudenziale.

Dal primo punto di vista, essa si è rivelata efficace antidoto rispetto ai più gravi vizi del vicino ordinamento codificato.

Avendo rinunciato alla codificazione - *rectius*, scelto di non ricorrervi - e continuando dunque ad attingere a piene mani all'inesauribile bacino del diritto comune, l'ordinamento sammarinese ha potuto resistere alla chimera dell'imitazione del modello italiano e scongiurare altresì il pericolo della superfetazione delle regole che affligge quest'ultimo persino nei settori che richiederebbero una *soft regulation*.

In Italia - rileva lucidamente la più fine dottrina - «il giurista si trova dinanzi [...] ad un fluire ossessivo di norme, le quali non mostrano, nel loro nascere e perire, alcuna forza di durata. [...] Il giurista avverte la *temporalità* della propria materia, la contingente precarietà di un oggetto, che poteva o potrà essere *altro*. L'ombra del nulla accompagna tutte le norme».

Se a questo *horror vacui* contrapponiamo l'apparente ossimoro insito nella feconda «variabilità della costante diritto comune», e se raffrontiamo quel senso di precarietà con la rassicurante continuità, vigenza e reviviscenza nel tempo che caratterizza i principi di diritto comune, comprendiamo quanto

potente ed efficace scelta di non azione sia stata (qui) quella di non codificare.

Rispetto al formante giurisprudenziale, poi, la mancanza di codificazione a ben vedere si risolve per il giudice della opportunità di una più libera e creativa individuazione della normativa da applicare al caso concreto; l'opportunità di attribuire maggiore risalto alle peculiarità che lo caratterizzano; l'opportunità di tenere in maggior conto gli interessi sostanziali delle parti e di garantire così piena attuazione a quello (più) meritevole: l'opportunità, in sostanza, di perseguire la giustizia del caso concreto; la giustizia sostanziale, appunto, che è il volto di Dike sopra evocato.

Svincolato dai legacci della regola codificata, affrancato dalle strettoie del passaggio obbligato dall'*analogia legis*, e per converso graziato dalla possibilità di abbeverarsi in via diretta ed immediata ai princípi di diritto comune, il giudice scopre, dietro il rischio, l'opportunità di informare *davvero* il proprio giudizio a criteri di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza.

È sufficiente evocare il criterio di meritevolezza di cui all'art. 1322 del codice civile, come richiamato dal legislatore italiano all'art. 2645 *ter* quale *conditio sine qua non* ai fini della trascrivibilità degli atti di destinazione, per comprendere quali più ampie e feconde possibilità applicative siano ad esso riservate in un ordinamento che, per le ragioni sopra dette, riconosce all'ermeneutica giurisprudenziale un naturale e fisiologico coefficiente di «creatività».

Di più. Il ruolo maggiormente «creativo» qui riconosciuto al giudice ulteriormente si rivela alla luce della distinzione ontologica (già richiamata nell'intervento che mi ha preceduto) - *costitutiva* di questo sistema - fra l'interpretazione, quale procedimento ermeneutico, e l'*interpretatio* richiamata nelle fonti romane e medievali, parti integranti del diritto comune sammarinese: percorso cognitivo, sebbene a fini applicativi, la prima, fatto normativo *strictu sensu* il secondo, eppur di matrice giurisprudenziale.

La maggiore discrezionalità così connaturata all'esercizio della funzione giurisdizionale – e, con essa, i rischi che potenzialmente ne derivano – risultano oltremodo enfatizzate dalla scelta – parimenti originale e connotante questo ordinamento – per la monocraticità del giudice.

È interessante notare come, anche rispetto a questo carattere, nella regolamentazione di un *nuovo* istituto il legislatore sammarinese abbia scelto di non abdicare al patrimonio insito nella propria tradizione, temperandone tuttavia le potenziali criticità.

Ispirata a tale *ratio* appare infatti la previsione di una conformazione (composizione) variabile della Corte per i trust. Essa risulta infatti, di volta in volta, ora monocratica ora collegiale, a seconda della singola controversia, poiché ritagliata sulle peculiarità della vicenda negoziale oggetto del giudizio, e delle specifiche complessità tecniche interessate, cui la procedura fa corrispondere pari gradiente di competenza e professionalità, con l'eventuale concorso di più «consulenti».

Evidente in ciò la conservazione e il recupero del modello professionale tipico della magistratura sammarinese, avvalorato però dei profili evolutivi più aderenti alle specificità dei *nuovi* istituti: un ulteriore fecondo innesto della novità nella tradizione, e in filigrana, nella delineazione della struttura del nuovo organo giudicante, il volto di Dike.

È a questo punto appena il caso di sgomberare il campo da eventuali equivoci.

Il pregnante ruolo assegnato al magistrato sammarinese non ne tratteggia, in ogni caso, la figura di un giudicante *legibus solutus*, che brandisce la spada (...tanto per richiamarci all'immagine icastica della dea *Iustitia*, bendata, armata di spada e di bilancia..) dell'arbitrio; né evoca, per altro verso, l'ossimoro di un arbitro *creatore* di regole.

A presidio della certezza del diritto si erigono infatti nell'ordinamento sammarinese sia il principio di legalità, sia – per quanto diversamente concepito rispetto al principio di divisione dei

poteri elaborato da Montesquieu - il principio di separazione tra funzione legislativa e funzione giudiziaria.

Entrambi si caratterizzano in modo originale nell'ordinamento sammarinese: come rilevato in dottrina, «nell'ordinamento sammarinese il significato che assume il principio di legalità, si connette certamente alla sostanziale mancanza di discontinuità dell'ordinamento, che ha originariamente proclamato e riconosciuto come vigenti le regole, che appartengono alla tradizione europea continentale e da quella direttamente derivano, senza alcuna mediazione [...]. Sul tema del principio di legalità incide notevolmente la scelta originaria, realizzata statutariamente, di prescrivere come fonte un sistema, come il diritto comune, ovvero il diritto romano attuale o vigente, nel quale, come aveva affermato Savigny, “si verifica dunque l'essenziale identità del diritto consuetudinario con quello scientifico”, senza distinzione tra le opere pratiche dalle teoriche»¹. Ed è la stessa dottrina ad ammonire: «le due funzioni, quella legislativa e quella giudiziaria, sono da ritenere tra loro nettamente distinte e non possono essere in alcun modo confuse, come le distinguono fin dalle origini le leggi sammarinesi. [...] Forse l'ordinamento sammarinese non conosce il principio della divisione dei poteri, ma conosce sicuramente la divisione tra le due funzioni, legislativa e giudiziaria».

Lungi dall'integrare un'enclave consegnata all'incertezza del diritto ed all'arbitrio giudiziario, il peculiare atteggiarsi del sistema sammarinese delle fonti - la vigenza del diritto comune, in particolare - e la relativa applicazione giurisprudenziale garantiscono pertanto a questo modello ordinamentale sicurezza ed affidabilità, perdipiù al netto delle rigidità e delle vischiosità tipiche degli ordinamenti codificati.

Le notevoli opportunità riscontrate implicano evidentemente un pari grado di *responsabilità* nell'operatore del diritto, ciò che nella giurisprudenza ha comportato notevole coerenza interna e

¹ P. PERUZZI, *op. cit.*, p. 149; la citazione ivi contenuta è da C.F. VON SAVIGNY, *Sistema*, I, Cap. III, § 20, p. 109.

significativa uniformità e stabilità dei giudicati. Lo sottolinea autorevolmente l'analisi di Giacomo Ramoino: «potrà forse pensarsi che la giurisprudenza Sammarinese – per le odierne difficoltà di conoscere il diritto comune – sia incerta e contraddittoria. Ma così non è. L'esame fatto sulle sentenze dell'ultimo sessantennio ha dimostrato una notevolissima uniformità di giudicati: di molto superiore a quella che normalmente si verifica negli stati i quali hanno codificato le norme di diritto privato».

Si rivela così ulteriormente il tratto sicuro ed affidabile che, pur nelle evidenziate peculiarità, caratterizza il volto di questo ordinamento, saldamente ancorato alla tradizione.

La fecondità che esso attinge dall'apparente antinomia fra tradizione e innovazione potrebbe ancora diffusamente evidenziarsi. Mi limiterò ad un ultimo spunto.

Nel versante più squisitamente procedurale, l'applicazione nuda e cruda del principio dispositivo - che rappresenta ulteriore tratto caratterizzante questo ordinamento - determina potenziali disfunzioni nel processo civile (già evidenziati nella relazione del M.D.): vincolando rigorosamente il giudice alle allegazioni delle parti, e limitando al massimo i suoi poteri di ufficio – il giudice deve infatti decidere *iuxta alligata et probata partium* – ingenera il rischio di paralisi o rallentamenti della procedura, in violazione del principio di speditezza costituzionalmente previsto, e persino il rischio, ancor più grave, di decisioni «ingiuste». Non potendo il giudice decidere se non sulla base di quanto i contraddittori hanno portato sul *theatrum* del processo, la parte che, pur vantando una pretesa fondata, non allega i fatti costitutivi della stessa o non li supporta di adeguato corredo probatorio, risulta infatti destinata a soccombere.

Il principio dispositivo, che nel suo fisiologico dispiegarsi postula e al contempo garantisce terzietà del giudice nel gioco delle parti, implica dunque che l'agire dei contraddittori - parti e, soprattutto, loro patrocinatori – si attesti sul massimo grado di competenza, professionalità e responsabilità.

Anche dai rischi connessi all'applicazione in purezza del suddetto principio, il sistema giuridico sammarinese ha infatti potuto trarre una corrispettiva opportunità: quella del temperamento – che non equivale a sconfessione – del medesimo principio, ancora un volta nella procedura riservata alla Corte per i Trust e gli affidamenti fiduciari.

Non è necessario attardarsi ulteriormente nella enucleazione dei più penetranti poteri di intervento, direzione e stimolo della procedura dalla novella assegnati al giudice del *trust*, poiché già efficacemente illustrati nell'intervento che mi ha preceduto.

Ma il pur fugace richiamo costituisce ulteriore occasione per evidenziare come, anche nella delineazione di funzioni e procedure relative a questo *nuovo* Giudice, il modello sammarinese abbia potuto avvantaggiarsi del suo *proprium* distintivo.

Cogliendo le derive del principio dispositivo, il legislatore ha calibrato il proprio intervento innovativo in modo da renderne l'applicazione nei procedimenti sul *trust* compatibile con le più marcate esigenze di speditezza e il più elevato gradiente di complessità tecnica che connotano tali vicende negoziali (ed il conseguente riflesso processuale).

Una volta ancora, senza abdicare alla tradizione, questo sistema si mostra in grado di sperimentarne tuttavia le «magnifiche sorti e progressive».

Alla luce dei caratteri strutturali sopra delineati, possiamo allora forse tentare una risposta al quesito inizialmente posto, e riconoscere nell'ordinamento sammarinese il volto di Dike, che per altro verso vediamo assomigliare al volto dell'*equity*: di un sistema giuridico la cui stessa architettura portante rivela ispirazione e *naturale* tensione verso un principio di giustizia sostanziale, piuttosto che di legalità formale, e di un diritto che si dispiega sull'ampiezza, l'elasticità, il respiro ampio dei principi, piuttosto che sul passo breve e sincopato della legiferazione mediante tecnica regolamentare.

In conclusione, è sulla scorta di queste meditazioni intorno all'ordinamento sammarinese, alle sue potenzialità trasformative

dei propri fattori di *crisi*, di *rischio*, in speculari *opportunità* evolutive, che davvero colgo oggi la mirabile sintesi consegnata nell'ideogramma cinese – (mi perdonino i presenti madre-lingua per l'eventuale mia imprecisione) – che plasticamente esprime la parola «crisi» con i due ideogrammi: «rischio» e «opportunità».