



See Massimo, 15.01.2020/1749dt
ricevute in data 14.01.2020
(ore 17,57) con poste elettroniche
e pertanto verbalmente
deportate in pari data

IL DIRIGENTE
Avv. Giovanni Craschi

REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

SENTENZA 14 GENNAIO 2020 N.1

Nel nome della Serenissima Repubblica di San Marino

IL COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

(nel ricorso per conflitti tra organi costituzionali n. 0001/2019
ai sensi dell'art. 16 della Legge Qualificata 25 aprile 2003 n. 55);

FATTO

1. Con ricorso depositato in data 28 novembre 2019 i Giudici di appello Prof. David Brunelli e Prof. Francesco Caprioli hanno denunciato conflitto di attribuzioni tra organi costituzionali ai sensi dell'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti nonché dell'art. 16 della L.Q. n. 55 del 2003 nei confronti del Consiglio Grande e Generale, degli Ecc.mi Capitani Reggenti nella loro qualità di Presidenti del Consiglio Grande e Generale, dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio Grande e Generale, in via concorrente per quanto di competenza in ordine alla determinazione dell'ordine del giorno, e nei confronti del Congresso di Stato.
2. I ricorrenti lamentano, in particolare, l'omissione da parte del Consiglio Grande e Generale della presa d'atto della graduatoria dei vincitori adottata il 1° luglio 2019 dalla Commissione giudicatrice nella procedura di reclutamento di due giudici d'appello nel settore civile ed amministrativo, prevista dall'art. 3 comma 4° L.Q. n. 145/2003 e succ. mod., che avrebbe impedito la relativa tempestiva presa di servizio, del giuramento e dell'assunzione dell'ufficio dei predetti vincitori del concorso.
3. I ricorrenti precisano che la presa d'atto assolve esclusivamente a finalità di mera pubblicità e/o comunicazione ed era stata inserita nell'ordine del giorno della sessione del Consiglio Grande e Generale del mese di luglio 2019, nel corso della quale non è stata evasa; successivamente la presa d'atto è stata nuovamente inserita nell'ordine del giorno delle sessioni del Consiglio Grande e Generale dell'11-18 settembre 2019 e poi ancora della seduta straordinaria del 26-27 settembre 2019, nelle quali, tuttavia, il comma relativo alla presa

1



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

d'atto non è stato portato all'attenzione dell'assemblea e ciò nonostante che l'art. 20 comma 3 della L.Q. n. 3/2018 (Regolamento del Consiglio Grande e Generale) preveda che i commi iscritti all'ordine del giorno rimasti inevasi debbano essere iscritti con priorità all'ordine del giorno della sessione consiliare successiva.

4. Secondo la prospettazione dei ricorrenti, il reiterato ritardo nella immissione in servizio dei nuovi Giudici di appello in materia civile e amministrativa determinerebbe una menomazione delle attribuzioni degli stessi ricorrenti nella loro qualità di Giudici di appello penale, i quali, in conseguenza della mancata presa di servizio da parte dei vincitori del concorso, si trovano a svolgere, oltre le funzioni loro proprie rispetto ai procedimenti penali di propria competenza, una ulteriore funzione di supplenza per sostituzione di ruoli, assolutamente esorbitante rispetto al limite di eccezionalità e provvisorietà previsto dalla legge.

5. I ricorrenti affermano pertanto la propria legittimazione attiva al ricorso ed il proprio interesse ad agire sul rilievo che i Giudici penali di appello in carica sarebbero lesi nelle proprie prerogative costituzionali di organi del potere giurisdizionale dalla omissione, imputabile agli organi politici che rappresentano le controparti nel presente conflitto, dell'esercizio del potere-dovere di procedere alla presa d'atto della nomina dei vincitori del concorso e chiedono che il Collegio Garante, accertata l'illegittimità dell'omissione e del conseguente condizionamento della presa di servizio da parte dei vincitori del concorso, annulli il silenzio-inadempimento e dichiari "doverosa e incondizionata l'immediata immissione in servizio e nell'esercizio delle funzioni dei vincitori del concorso per due giudici di appello civile, ordinando la loro immediata immissione in ruolo".

6. Il Collegio Garante composto dal Presidente Avv. Giovanni Nicolini, dal Prof. Giuseppe Ugo Rescigno Membro effettivo e dal Prof. Victor Crescenzi Membro supplente, si è riunito il giorno 2 dicembre 2019 in camera di consiglio, all'esito della quale ha *delibato* l'ammissibilità del ricorso e, tenuto conto della sospensione dei termini per le festività natalizie, ha fissato l'udienza dell'8 gennaio 2020, concedendo termine fino al 23 dicembre 2019 per il deposito di memorie e la costituzione in giudizio delle parti resistenti.

7. In data 23 dicembre 2019 l'Avvocatura dello Stato, in persona degli avvocati Lucio Leopoldo Daniele, Barbara Reffi e Sabrina Bernardi, ha depositato memoria nell'interesse del Consiglio Grande e Generale, degli Ecc.mi Capitani Reggenti e dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio Grande e Generale, con la quale ha preliminarmente rilevato che il conflitto è stato promosso successivamente allo scioglimento del Consiglio Grande e Generale e dell'Ufficio di Presidenza, ragion per cui l'Ecc.ma Reggenza ha ritenuto, quale Presidente di detti organi, di conferire anche per loro conto il mandato difensivo, attesa la necessità urgente di assicurare la costituzione in giudizio degli organi intimati nei termini di legge; tuttavia considerato che per regola generale la rappresentanza in giudizio degli organi collegiali presuppone una loro previa deliberazione in tal senso, l'Avvocatura dello Stato ha formulato in via preliminare richiesta di sospensione del giudizio con assegnazione di nuovo termine per consentire le opportune deliberazioni da parte degli organi intimati.



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

8. Le parti resistenti hanno altresì eccepito in via pregiudiziale l'inammissibilità del ricorso per carenza della legittimazione attiva dei ricorrenti, sull'assunto che nel caso di specie non si rientrerebbe nell'ipotesi prevista dall'Art. 16 L.Q. n. 55/2003, poiché il conflitto denunciato non ha incidenza rispetto ad uno specifico procedimento affidato ai magistrati ricorrenti e che la rappresentanza del potere giudiziario non può essere del singolo magistrato, poiché la funzionalità della amministrazione della giustizia e dell'intero ordine giudiziario è di pertinenza del Consiglio giudiziario.

9. Nel merito i resistenti hanno contestato l'assunto dei ricorrenti secondo il quale vi sarebbe una specializzazione dei giudici d'appello, affermando al contrario che i giudici di appello sono tutti fra loro intercambiabili in forza di quanto previsto sia dall'art. 2 L.C. n. 144/2003 come modificata dalla L.C. n. 2/2011, sia dall'art. 1 comma 3° L.Q. n. 145/2003 come modificato dalla L.C. n. 2/2011.

10. In ogni caso, sempre ad avviso dei resistenti i ricorrenti non avrebbero documentato l'eccessivo carico di lavoro da loro lamentato e viene quindi fatta richiesta di acquisizione di ogni pertinente documentazione e informazione in ordine all'attività effettivamente svolta dai ricorrenti nel periodo di vacanza dei due giudici d'appello oggetto di nomina.

11. I resistenti hanno, inoltre, eccepito l'intempestività del ricorso, che è stato presentato quando il Consiglio Grande e Generale era già sciolto e nell'imminenza della consultazione elettorale volta al suo rinnovo e chiedono pertanto la sospensione del procedimento al fine di consentire al Consiglio Grande e Generale ricostituito di prendere in esame la questione, facendo presente che, contrariamente a quanto affermato dai ricorrenti, la presa d'atto costituisce il completamento della procedura di nomina dei giudici, il che implicherebbe, secondo quanto asserito dai resistenti, la facoltà di attivare il potere di controllo sulla legittimità del procedimento, che non potrebbe non essere attivato a seguito della nota inviata dal prof. Barchiesi, nella sua veste di partecipante al concorso per la nomina di due giudici d'appello, all'esito del quale egli era risultato collocato al terzo posto della graduatoria, nota nella quale sono formulate numerose censure sia in merito alle modalità di avvio del reclutamento sia in merito alla valutazione dei candidati effettuata dalla Commissione giudicatrice e viene richiesto l'avvio di una procedura di annullamento d'ufficio in autotutela.

12. Secondo l'assunto dei resistenti il nuovo Consiglio Grande e Generale, una volta ricostituito e nella pienezza delle sue attribuzioni, potrà, in un'ottica di autotutela, investire della questione anche il Consiglio giudiziario plenario, organo che ha emesso il bando di concorso dei giudici d'appello, affinché venga valutata la legittimità dell'intero procedimento di selezione dei due giudici di appello.

13. All'udienza pubblica dell'8 gennaio 2020 sono intervenuti il Prof. Avv. Angelo Piazza e l'Avv. Davide Zanotti per i ricorrenti e gli Avvocati dello Stato Lucio Leopoldo Daniele e Sabrina Bernardi per i resistenti; la difesa dei ricorrenti ha depositato note difensive scritte in replica alle difese dei resistenti, opponendosi alle richieste di sospensione del giudizio e di supplemento di istruttoria e ribadendo la legittimazione attiva dei



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

ricorrenti. In particolare la difesa dei ricorrenti ha affermato che ai fini dell'accertamento della menomazione denunciata non è necessaria un'indagine di fatto in ordine all'eccessivo carico di lavoro dei giudici d'appello, ma è sufficiente verificare che la sostituzione dei giudici di appello è prevista dall'ordinamento, a norma del terzo comma dell'art. 1 della legge qualif. n. 145/2003, come modificata dall'art. 1 della legge qualif. n. 2/2011, «in caso d'impedimento o d'incompatibilità di uno di essi» e con le modalità di cui al successivo quarto comma del medesimo articolo, mentre il comportamento reiteratamente omissivo dei resistenti impone ai giudici d'appello in servizio l'esercizio di funzioni in sostituzione ben oltre le esigenze di eccezionalità. La difesa dei ricorrenti ha inoltre evidenziato che la funzione di controllo attribuita dai resistenti alla presa d'atto è incompatibile con il principio della separazione dei poteri e con l'esigenza di tutelare l'indipendenza della magistratura.

14. All'esito dell'ampia discussione il Collegio ha trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il conflitto tra organi sul quale il Collegio Garante è chiamato a decidere con sentenza è stato sollevato con un ricorso di due giudici di appello penali contro il Consiglio Grande e Generale, gli Ecc.mi Capitani Reggenti nella loro qualità di Presidenti del Consiglio Grande e Generale, l'Ufficio di Presidenza del Consiglio Grande e Generale e il Congresso di Stato. Cercando di sintetizzare con una sola frase il contenuto di un ricorso estremamente complesso, gli organi chiamati in giudizio avrebbero, ciascuno secondo la propria specifica competenza in materia, menomato poteri e funzioni dei ricorrenti o non compiendo l'atto chiamato "presa d'atto" previsto nel corso del procedimento per la nomina di magistrati d'appello dall'art. 3 comma 4 della L.Q. n. 145/2003 e succ. mod., o non tenendo i comportamenti necessari successivamente per l'assunzione dell'incarico dei magistrati nominati dalla Commissione giudicatrice.

2. Va esaminata e decisa per prima la questione pregiudiziale sollevata dai resistenti (questione pregiudiziale che questo Collegio avrebbe comunque esaminato, o per confermare quanto già deciso provvisoriamente, o per deliberare di nuovo, data la natura di mera deliberazione dell'ordinanza del 2 dicembre 2019 con la quale il Collegio Garante ha preliminarmente e provvisoriamente ammesso questo conflitto tra organi, come previsto dalla L.Q. n. 55 del 2003, art. 16, comma 3) secondo cui i ricorrenti non sarebbero legittimati a sollevare il conflitto per menomazione, perché il fatto che essi denunciano come lesivo delle loro funzioni non li riguarda. A dimostrazione, i resistenti ammettono che sarebbe legittimato a sollevare il conflitto in oggetto il Consiglio giudiziario, in quanto organo che ha il compito di garantire la funzionalità dell'amministrazione della giustizia e dell'intero ordinamento giudiziario, ma non sarebbero legittimati i singoli magistrati titolari di organi, i quali appunto non hanno questo compito e questa funzione. La obiezione avrebbe

Lu *GR* *ia*



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

peso decisivo se a sollevare il conflitto fossero stati commissari della legge, proprio perché il concorso per la nomina di magistrati che ha dato luogo al conflitto è un concorso per giudici di appello, e non si vede come e in che senso un procedimento condotto illegittimamente per la nomina di magistrati d'appello potrebbe menomare poteri e funzioni di giudici che non sono d'appello. Invece i ricorrenti dimostrano (al di là dei troppi e inutili argomenti portati oltre quelli di ordine giuridico, che invece sono decisivi e che essi comunque adducono) che la legge disciplina diversamente la sostituzione dei giudici d'appello tra loro rispetto a quella di altri giudici, quali ad esempio i commissari della legge, determinando una distinzione di poteri e funzioni che verrebbe menomata dagli atti e comportamenti degli organi di cui sopra.

Infatti, il comma secondo dell'art. 1 L.Q. n. 145/2003 e succ. mod. dispone, in generale, che *"i magistrati di ciascun ruolo sono dotati della pienezza della giurisdizione e pertanto sono liberamente sostituibili nell'esercizio delle funzioni e competenze"*: questa norma generale determina che, al di là della ovvia ripartizione del lavoro tra più persone-magistrati della medesima giurisdizione (ad esempio commissari della legge), le persone-magistrati sono indifferentemente competenti in materia civile, penale e amministrativa.

Il successivo terzo comma del medesimo art. 1 introduce una disposizione specifica per i giudici d'appello che *"possono sostituirsi reciprocamente l'uno con l'altro in caso di impedimento o di incompatibilità di uno di essi"*: tale disposizione quindi prescrive per i giudici d'appello un regime diverso da quello del secondo comma e l'unica interpretazione possibile è che i giudici d'appello non sono liberamente sostituibili per ogni tipo di processo, ma il giudice d'appello penale in tanto può sostituire il giudice d'appello in materia civile o amministrativa in quanto ricorra un caso di impedimento o incompatibilità. Questa interpretazione è confermata dal fatto che i due giudici in carica sono stati selezionati come giudici d'appello penale e il bando di concorso per i due nuovi giudici d'appello è specificamente rivolto a selezionare due nuovi giudici d'appello civili e amministrativi.

In conclusione, questa pregiudiziale va respinta.

3. I resistenti chiedono inoltre che il processo venga sospeso, e pongono in tal modo una pregiudiziale di ordine puramente processuale che si limita a rinviare nel tempo la decisione. La richiesta è basata su due motivazioni distinte.

Con una prima motivazione i resistenti fanno notare che il Consiglio Grande e Generale nel momento in cui i ricorrenti hanno presentato il ricorso era sciolto, cosicché si giustificerebbe che esso non abbia proceduto alla presa d'atto e diventa necessario attendere il nuovo Consiglio. La richiesta va respinta perché anzitutto il principio costituzionale generale è che per gli organi costituzionali esiste *prorogatio*, e che tale *prorogatio* esiste proprio per permettere agli organi costituzionali di svolgere quelle funzioni e quei compiti che sono obbligatori e restano obbligatori anche nel periodo che scorre per un organo collegiale tra lo scioglimento e la prima riunione del nuovo organo; ma anche ad ammettere che sia giustificato il comportamento del Consiglio

[Handwritten signatures and initials]



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

dopo il suo scioglimento, resterebbe da esaminare se esso era giustificato prima di esso, e proprio questo contestano i ricorrenti.

La seconda richiesta di sospensione si basa su l'asserita necessità di svolgere attività istruttoria in merito ai maggiori carichi di lavoro denunciati dai ricorrenti.

Anche questa seconda pregiudiziale è da respingere perché questo Collegio non deve accertare inconvenienti di fatto, ma eventuali violazioni di legge.

4. Entrando nel merito della questione sollevata, è necessario ricordare che si tratta di un conflitto nel quale i ricorrenti non sostengono che gli organi chiamati in giudizio hanno esercitato poteri che non spettano ad essi ma spettano ai ricorrenti (conflitto che in generale riceve il nome di "conflitto di attribuzione", e cioè un conflitto per rivendicare un potere); i ricorrenti sostengono che le loro funzioni di giudici d'appello sono state e vengono lese da un comportamento illegittimo imputabile comunque ad uno o a più o a tutti i soggetti chiamati in giudizio, dando vita ad un conflitto che riceve in genere il nome di "conflitto per menomazione".

Questo tipo di conflitto viene pacificamente ammesso come variante logica di quello di attribuzione (o rivendicazione di competenza) e questo Collegio ribadisce in accordo con sue precedenti decisioni (cfr. Ord. 16 marzo 2012 n. 1) che l'ammissione di un conflitto per menomazione rientra nelle norme costituzionali in materia di conflitto tra organi.

Però il conflitto in oggetto presenta una particolarità che deve essere sottolineata, perché determina l'intero percorso argomentativo al fine di giungere alla decisione finale sul conflitto sollevato: il comportamento illegittimo che secondo i ricorrenti avrebbe determinato e continuerebbe a causare la menomazione *non è un atto giuridico*, e cioè comunque una dichiarazione (quale che sia poi il significato e il valore giuridico di tale dichiarazione), ma il silenzio, l'inerzia, il non aver fatto e il non fare, cioè con una espressione tecnica una inerzia-inadempimento.

5. Convieni fare una precisazione linguistica nei confronti dei ricorrenti, precisazione che non vizia il loro ricorso ma usa la espressione più appropriata che corrisponde alla sostanza di ciò che essi denunciano e chiedono: i ricorrenti chiamano l'inadempimento descritto come "silenzio-inadempimento", mentre l'espressione preferibile è "inerzia-inadempimento", per impedire che l'espressione silenzio-inadempimento induca a ritenere che si tratta di un silenzio che può essere e va interpretato come atto in positivo e non come mera omissione. L'espressione usata dai ricorrenti di silenzio-inadempimento è costruita partendo dal meccanismo del silenzio-rigetto o silenzio-assenso costruito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano e recepito dalla legislazione per permettere ai titolari di un interesse legittimo di impugnare una inerzia dando ad essa un valore di atto così da poter impugnare tale atto e ottenere un giudizio sulla legittimità o illegittimità

6



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

di esso. Il meccanismo dunque funziona se e solo se: a) è la stessa legge a dire come va interpretata l'inerzia (e prescrive che possa valere *ex lege* come accoglimento di una domanda o rigetto della domanda, e simili, e cioè sempre come un provvedimento in positivo che prende il posto di una mera assenza), oppure b) è l'interessato che di fronte all'inerzia rinnova la sua richiesta di provvedimento cosicché il giudice può indurre che l'autorità, che aveva il compito di provvedere, col silenzio ha rigettato la domanda e l'interessato a questo punto può impugnare l'atto di rigetto.

Nel caso in esame la legge non dice nulla rispetto alla mancanza della presa d'atto, ipotesi che non viene minimamente presa in considerazione, ma in ogni caso in tanto sarebbe possibile al giudice, nel nostro caso al Collegio Garante, attribuire un significato all'inerzia o silenzio, in quanto tale giudice fosse comunque obbligato o si ritenesse comunque obbligato a decidere quale decisione in positivo abbia adottato col suo silenzio l'autorità che in realtà non ha detto nulla pur essendo obbligata, in ipotesi, a fare quanto non ha fatto. L'espressione silenzio-inadempimento induce a pensare che nel caso presente sul quale il Collegio deve decidere sia possibile applicare alla fase della presa d'atto il meccanismo del silenzio che viene interpretato come atto positivo, e cioè presuppone che la presa d'atto sia una *deliberazione*. Poiché è proprio questa la questione centrale nel ricorso, e cioè la *natura non provvedimentale* della presa d'atto sostenuta dai ricorrenti, è bene parlare solo di inadempimento, e non muovere dal presupposto (che invece andrebbe dimostrato) che l'inerzia mediante la quale si realizza l'inadempimento sia un silenzio interpretabile come atto di volontà.

6.- Questa inerzia persisteva nel momento in cui i ricorrenti hanno presentato il ricorso: in altre parole i ricorrenti sostengono che l'obbligo di fare è incondizionato e resta obbligo fino a che non viene adempiuto e che il termine per adempiere è comunque scaduto. L'atto, che secondo i ricorrenti doveva aver luogo e che non è avvenuto, è la *presa d'atto* prevista dalla L. Q. n. 145/2003 e succ. mod., art. 3, comma quarto, nel procedimento per la nomina dei magistrati: "*La graduatoria formata a seguito dei concorsi, con l'indicazione dei vincitori, viene trasmessa al Consiglio Grande e Generale che ne prende atto*". Questo procedimento ha un atto iniziale, che secondo la legge consiste in una deliberazione del Consiglio Grande e Generale, che prescrive debba essere attivato il procedimento per nominare nuovi magistrati (come persone) nel numero indicato e, attraverso diverse fasi (che ai nostri fini non serve elencare compiutamente), porta alla nomina dei magistrati e all'inizio della loro carica e delle loro funzioni.

7 - La presa d'atto è prevista, nell'ordinamento della Rep. di San Marino, da numerose disposizioni. È prevista ad esempio nel comma 4 dell'art. 4 del Regolamento del Consiglio Grande e Generale (L. Q. 3 agosto 2018 n. 3): "*Qualora le dimissioni siano presentate in maniera irrevocabile, il Consiglio Grande e Generale le accoglie con semplice presa d'atto. Il Consiglio Grande e Generale procede con semplice presa d'atto anche nel*

7
L. E.M. J.E.



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

caso in cui le dimissioni – già respinte – vengano reiterate. Contestualmente alla presa d'atto il Consiglio Grande e Generale dovrà altresì procedere alla sostituzione del Consigliere dimessosi.” Per comprendere il significato e il valore giuridico della presa d'atto, la lettura del comma 3 del medesimo articolo 4 aiuta molto: *“L'accettazione delle dimissioni del Consigliere è sottoposta a votazione del Consiglio Grande e generale a scrutinio segreto. Se le dimissioni vengono accettate, la Reggenza è tenuta ad iscrivere apposito comma per la sostituzione del Consigliere dimissionario nella sessione consiliare immediatamente successiva”.* Il confronto tra i due commi rende chiaro quando è necessaria la votazione e quando, nella presa d'atto, la votazione è vietata (*“semplice presa d'atto”*).

Dai casi prima citati di presa d'atto e da molti altri esaminati emergono alcuni punti fermi per intendere l'espressione *“presa d'atto”*; premesso che la presa d'atto non viene definita né nella legge sul procedimento di nomina dei magistrati (che riguarda il nostro caso), né nell'articolo del Regolamento citato, né in altre disposizioni del Regolamento nelle quali figura di nuovo la espressione *“presa d'atto”*, né in altre leggi nelle quali figura tale espressione (senza bisogno qui di citarle), in ogni caso è certo: a) che in italiano *“presa d'atto”* è equivalente a presa di conoscenza; b) che dunque la presa d'atto è anzitutto atto mediante il quale qualcosa viene portato a conoscenza di qualcuno che ne prende atto per il solo fatto che il qualcosa di cui prendere atto viene comunicato; c) che la presa d'atto non comporta votazione e *quindi per questo solo fatto non è una deliberazione* finché si manifesta come presa d'atto; d) che la presa d'atto (secondo la prassi del Consiglio Grande e Generale che interpreta la presa d'atto come una forma diversa dalle comunicazioni di cui all'art. 25 del suo Regolamento) non si concreta fisicamente con la semplice iscrizione all'ordine del giorno (la presa d'atto deve essere iscritta all'ordine del giorno ma, appunto, in quanto questione all'ordine del giorno, esige di essere svolta: e infatti dalla ricostruzione dei fatti sui quali si basa il presente conflitto risulta che la presa d'atto è stata iscritta più volte all'ordine del giorno senza venire svolta, e poi non più iscritta nell'ordine del giorno del Consiglio Grande Generale); e) che la presa d'atto non è in senso proprio una comunicazione come quelle previste dall'art. 24 del Regolamento del Consiglio Grande e Generale, sia perché le comunicazioni per loro natura non sono iscritte all'ordine del giorno (e così comunque prescrive l'art. 24 del Regolamento del Consiglio Grande e Generale) e per questa ragione, come di nuovo prescrive l'art. 24, precedono la trattazione dei punti all'ordine del giorno (mentre la presa d'atto viene compiuta seguendo l'ordine del giorno e quindi potrebbe non avvenire semplicemente perché il Consiglio viene aggiornato prima che arrivi il turno della presa d'atto), sia perché, per quanto minima, la presa d'atto consiste in una *cerimonia* in cui chi comunica non è uno a scelta tra i soggetti abilitati a dare comunicazioni (che potrebbe anche non darla), ma, in base a prassi accertata da questo Collegio e come conseguenza del fatto che l'apparato amministrativo servente nello svolgimento del procedimento è quello del Congresso di Stato, chi comunica al Consiglio Grande e Generale i risultati del concorso è il Segretario alla Giustizia nel caso si tratti di presa d'atto nel procedimento di nomina di magistrati;

[Handwritten signatures]



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

f) in pratica nel procedimento per la nomina di magistrati la presa d'atto è una comunicazione *orale* del Segretario alla Giustizia (in altri casi potrebbe essere un diverso organo competente in riferimento a quello di cui è necessario prendere atto) che informa sui risultati del concorso per la nomina di magistrati, e non è prevista e non risulta che sia mai stata seguita da una discussione e meno che mai da una votazione (che nel caso dell'articolo 4 del Regolamento citato è chiaramente vietata).

8. E' necessario a questo punto ritornare sulla legge che disciplina il procedimento di nomina dei magistrati e constatare che nella legge (va sottolineata questa precisazione: nella legge) per la nomina dei Giudici d'Appello non c'è menzione di un atto che possa dirsi "atto di nomina" (o espressione equivalente, come "deliberazione" che nomina, o "decreto di nomina", o "sono nominati da").

Il comma primo dell'art. 3 della L. Q. n. 145/2003 e succ. mod. prescrive che "I Giudici per la terza istanza ed i Giudici ... sono nominati dal Consiglio Giudiziario, a maggioranza dei due terzi", il comma secondo dello stesso articolo prescrive che "I Giudici d'Appello sono nominati a seguito di apposito concorso per titoli ...", e quindi non dice da chi sono nominati; nel comma quarto dello stesso articolo si salta direttamente dal concorso e dai suoi risultati alla presa d'atto: "La graduatoria formata a seguito dei concorsi, con l'indicazione dei vincitori, viene trasmessa al Consiglio Grande e Generale che ne prende atto." La norma, quindi, non si limita a prevedere che vi sia una graduatoria, ma esige anche che siano indicati i vincitori del concorso; questa prescrizione è un buon indizio per ritenere che l'atto di nomina stia proprio nella proclamazione della Commissione di concorso, ma anzitutto non è argomento risolutivo e in secondo luogo non chiarisce il valore giuridico della presa d'atto del Consiglio Grande e Generale. E' proprio sul rapporto che esiste tra proclamazione dei risultati del concorso e presa d'atto che si basa il conflitto come sollevato dai ricorrenti e giudicato infondato dai resistenti, e dunque è necessario esaminare questa specifica questione.

Il verbale della Commissione di concorso allegato al ricorso riporta che i due candidati che sono risultati ai primi due posti nella graduatoria del concorso "sono nominati giudici d'appello civile e amministrativo", ma di per sé, trattandosi di un atto amministrativo, questa autoqualificazione dell'atto non vale se la legge attribuisse ad un altro atto il valore di nomina. Ora è banale notare, ma va detto per proseguire nel ragionamento, che l'espressione "presa d'atto" non è sinonimo di "nomina"; ma non vuol dire neppure che la presa d'atto, in questo specifico caso, alla luce della intera legge sul procedimento di nomina dei magistrati, non possa avere anche, *ex lege*, il valore di nomina. E' quanto hanno sostenuto gli avvocati dei resistenti, sia nella loro memoria sia nella discussione in udienza, su richiesta di chiarimenti da parte del giudice relatore. I ricorrenti sostengono esattamente al contrario che la presa d'atto non è atto di nomina, ma appunto presa d'atto, e cioè atto di conoscenza (e non di volontà) che segue obbligatoriamente e in modo incondizionato la nomina già dichiarata, esattamente come atti incondizionatamente obbligatori per gli organi statali sono il giuramento e la presa di

9



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

servizio (che anch'essi non sono atti di volontà degli organi statali: non vi sono in essi scelte da compiere dagli organi statali). Si tratta come è evidente di interpretazione di una disposizione di legge (quella appunto che prevede la presa d'atto), da cui ricavare la norma giudicata corretta alla luce dell'intero sistema normativo e secondo la interpretazione sistematica dell'intera legge che contiene implicitamente la norma che viene enunciata dall'interprete. Esiste, ed è ovvia, la c.d. interpretazione conforme a costituzione (quale che sia poi il nome usato: altri ad esempio preferiscono dire interpretazione adeguatrice): tra due o più interpretazioni astrattamente ipotizzabili deve essere scelta quella che è conforme a costituzione a discapito dell'altra che, se accolta, determinerebbe una incostituzionalità. Sostenere che la nomina a magistrato avviene con la proclamazione della Commissione di concorso, non solo non va contro alcuna norma costituzionale, ma appare soluzione rispettosa della indipendenza del potere giudiziario di fronte ad altri poteri; viceversa attribuire il valore di nomina alla presa d'atto, cioè far dipendere la nomina di titolari di organi del potere giudiziario da un atto che diventa *ex lege* atto di volontà del Consiglio Grande e Generale, e cioè dall'organo che incarna il potere legislativo (anche se in questo caso svolge una funzione amministrativa, che comunque fa parte di un potere distinto da quello giudiziario), sarebbe incostituzionale per evidente e immediata lesione del principio di divisione dei poteri che innerva tutta la costituzione di San Marino.

9. Stabilito che la presa d'atto non può essere interpretata anche come atto di nomina e che l'atto di nomina dei magistrati in oggetto sta nella proclamazione della Commissione di concorso, non viene ancora spiegato il valore giuridico della presa d'atto.

In realtà sia i ricorrenti sia i resistenti muovono da una interpretazione **erronea** della legge sul procedimento di nomina dei magistrati d'appello.

Una volta stabilito che la nomina dei giudici è già avvenuta con la proclamazione della Commissione di concorso, la presa d'atto da parte del Consiglio Grande e Generale non solo non è necessaria per la conclusione del procedimento ma è atto irrilevante ai fini di tale conclusione. E' vero che l'art. 3 comma 4 della L.Q. n. 145/2003 nel testo vigente prevede che la Commissione di concorso debba trasmettere gli atti al Consiglio Grande e Generale per la presa d'atto, ma resta fermo che la presa d'atto, proprio perché presa d'atto nell'unico suo significato proprio sopra definito (e cioè atto di conoscenza e non di volontà), non incide in nessun modo sulla nomina già avvenuta e non ha alcuna funzione da svolgere rispetto al procedimento di nomina. In altre parole, nella logica del procedimento come costruito dal legislatore e interpretato secondo Costituzione da questo Collegio, con la nomina dei giudici perfezionatasi con la proclamazione della Commissione di concorso, comincia a *latere* un minuscolo procedimento che si affianca a quello già iniziato e perfezionatosi con la nomina, in base al quale la Commissione di concorso ha l'obbligo di trasmettere gli atti al Consiglio Grande e Generale (tramite nei fatti il Congresso di Stato) e il Consiglio procede all'atto chiamato presa d'atto, che è del



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

tutto indipendente e separato rispetto alla nomina, cosicché il procedimento di nomina continua per suo conto fino alla conclusione operativa.

Si deve ammettere che la legge con la sua lettera non è chiara sul punto e può indurre a ritenere che la presa d'atto sia fase necessaria e indefettibile del procedimento di nomina, come in effetti ritengono sia i ricorrenti che i resistenti. Si ripropone il principio della interpretazione costituzionalmente orientata: chi interpreta la disposizione sulla presa d'atto, nel caso della nomina dei magistrati, come prescrizione di una fase necessaria del procedimento, segue una interpretazione che viola la indipendenza della magistratura, perché fa dipendere la conclusione del procedimento di nomina dei magistrati da un atto del potere legislativo che, non compiendo la presa d'atto, può ritardare *sine die* che i magistrati già nominati possano cominciare ad esercitare le loro funzioni. Poiché è possibile una diversa interpretazione che, invece, rispetta pienamente la indipendenza del potere giudiziario, è dovere di tutti seguire questa interpretazione conforme a costituzione.

In conclusione il ricorso contro il Consiglio Grande e Generale e contro gli organi Ufficio di Presidenza e Ecc.mi Capitani Reggenti in quanto Presidenti del Consiglio Grande e Generale deve essere rigettato perché pretende di attribuire al loro comportamento una menomazione del potere giudiziario che essi non possono compiere e, conseguentemente, la questione intorno al valore della presa d'atto *in questa sede* diventa irrilevante.

10. E' rilevante invece nei confronti del Congresso di Stato e sarebbe rilevante nei confronti degli Ecc.mi Capitani Reggenti in quanto Capi di Stato, se il ricorso fosse stato indirizzato anche nei loro confronti.

E' rilevante nei confronti del Congresso di Stato perché esso ha poteri, mezzi ed obblighi necessari per consentire ai giudici nominati di assumere l'incarico, anche se le persone membri del Congresso di Stato sono giustificate per non aver dato attuazione alle nomine dei giudici, data la interpretazione fin qui dominante secondo cui la presa d'atto è fase necessaria del procedimento di nomina la cui mancanza impedisce il proseguimento alle fasi successive.

In base alla interpretazione qui seguita, gli Ecc.mi Capitani Reggenti, nella loro veste di Capi di Stato, hanno l'obbligo *attuale* di dare seguito al procedimento mediante la fase del giuramento nelle loro mani dei giudici nominati; però in questo caso il ricorso non è nei loro confronti perché i Capitani Reggenti sono stati chiamati in giudizio in quanto Presidenti del Consiglio Grande e Generale e non in quanto Capi dello Stato. Pertanto nei loro confronti il Collegio deve limitarsi ad invitarli a procedere al più presto alla fase del giuramento dei giudici nominati. Anche in questo caso va però ribadito che nessuna responsabilità incombe sui Capitani Reggenti come persone, dato che anch'essi sono stati tratti nell'errore di ordine giuridico dalla interpretazione dominante nei fatti, secondo cui la presa d'atto è fase necessaria del procedimento di nomina dei magistrati, in mancanza della quale il procedimento non può proseguire.



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

11. Il conflitto tra organi non è né un processo penale, né un processo civile, né un processo amministrativo a tutela di un interesse legittimo; è un processo nel quale il titolare di un organo, per difendere il diritto oggettivo, chiede al Collegio Garante anzitutto che venga dichiarata "la spettanza delle attribuzioni" e poi, eventualmente, che vengano annullati "gli atti emessi in difformità" (le parole in corsivo tra virgolette sono quelle dell'art. 16 della L.Q. n. 55/2003 già citato).

La interpretazione pacifica dell'art. 16 citato, per cui viene ammesso anche il conflitto per menomazione, comporta che nel dispositivo di una sentenza emanata per risolvere questo tipo di conflitto tra organi il Collegio deve anzitutto rigettare il ricorso se non c'è stata menomazione; se invece menomazione c'è stata il Collegio Garante deve accogliere il ricorso, dichiarando quale atto o comportamento, o insieme di atti o comportamenti, ha comportato tale menomazione.

Poiché secondo l'art. 16 citato è possibile che il Collegio annulli "gli atti emessi in difformità" è evidente che secondo questa disposizione la costituzione di San Marino vuole che la illegittimità accertata venga sanata. La particolarità ed assoluta eccezionalità del caso oggetto del presente giudizio comporta però che questo Collegio, in modo consequenziale e coerente, decida mediante dispositivi che siano conformi alla ratio della disposizione costituzionale e nello stesso tempo appropriati al caso specifico.

Per conseguenza il Collegio Garante deve:

- a) rigettare il ricorso nei confronti del Consiglio Grande e Generale, degli Ecc.mi Capitani Reggenti nella loro qualità di Presidenti del Consiglio Grande e Generale, dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio Grande e Generale, poiché la mancata presa d'atto della nomina dei giudici d'appello non ha inciso e non poteva giuridicamente incidere sulla conclusione del procedimento di nomina;
- b) dichiarare che vi è stata menomazione da parte del Congresso di Stato nei confronti dei ricorrenti, per non aver posto in essere quanto di sua competenza affinché i magistrati nominati dalla Commissione giudicatrice assumessero l'incarico, previo il giuramento prescritto dall'art. 2 ultimo L.Q. n. 145/2003 vigente;
- c) dichiarare in astratto che è dovere del Congresso di Stato compiere tutti gli atti e tenere tutti i comportamenti necessari per consentire ai giudici di appello nominati di assumere concretamente la carica ed esercitare le loro funzioni e che è altresì dovere dei Capitani Reggenti in quanto Capi di Stato di ricevere il giuramento dei giudici di appello nominati;
- d) dichiarare, come misura conseguente, che in concreto nello specifico procedimento di nomina dei giudici d'appello da cui origina il presente conflitto, è dovere del Congresso di Stato compiere tutti gli atti e tenere tutti i comportamenti necessari per consentire ai giudici di appello nominati di assumere tempestivamente la carica ed esercitare le loro funzioni e che è altresì dovere dei Capitani Reggenti in quanto Capi di Stato di ricevere il giuramento dei giudici di appello nominati



REPUBBLICA DI SAN MARINO
COLLEGIO GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME

P.Q.M.

Il Collegio Garante

- a) rigetta il ricorso nei confronti del Consiglio Grande e Generale, degli Ecc.mi Capitani Reggenti nella loro qualità di Presidenti del Consiglio Grande e Generale, dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio Grande e Generale, poiché essi non hanno determinato alcuna menomazione;
- b) dichiara, nei sensi di cui in motivazione, che vi è stata menomazione nei confronti dei ricorrenti da parte del Congresso di Stato;
- c) dichiara che in astratto è dovere del Congresso di Stato compiere tutti gli atti e tenere tutti i comportamenti necessari per consentire ai giudici di appello nominati di assumere tempestivamente la carica ed esercitare le loro funzioni e che è altresì dovere dei Capitani Reggenti in quanto Capi di Stato di ricevere il giuramento dei giudici di appello nominati;
- d) dichiara, come misura conseguente ai sensi dell'art. 16 della L.Q. n. 55/2003, che in concreto è dovere del Congresso di Stato compiere tutti gli atti e tenere tutti i comportamenti necessari per consentire ai giudici di appello nominati di assumere tempestivamente la carica ed esercitare le loro funzioni e che è altresì dovere dei Capitani Reggenti in quanto Capi di Stato di ricevere il giuramento dei giudici di appello già nominati nel procedimento che ha dato origine al conflitto.

MANDA

alla Cancelleria per la notifica agli interessati e per la pubblicazione ai sensi dell'art. 10 della Legge Qualificata n. 55/2003, nonché per la trasmissione alla Reggenza.

San Marino, 14 gennaio 2020/1719 d.F.R.

Il Collegio Garante

Avv. Giovanni Nicolini (Presidente)

Prof. Giuseppe Ugo Rescigno (Membro effettivo - Relatore)

Prof. Victor Crescenzi (Membro supplente)